Won Hong Cho

Appendix: A Study of Johannes Althusius' Theory of State and Law[10]

Table of Contents

I. Introduction: Presentation of Issue
II. The Theoretical Background of the Modem State and Law
1. The Theoretical Basis of the Formation of 'Statehood' in Early Modem Europe
(1) Theory of Reason of State
(2) Theory of Sovereignty
(3) Theory of State Contract
(4) Natural Law Thought
    (i) John Calvin's Natural Law Thought
    (ii) Spanish Natural Law Thought of the 'Salamanca School'
2. Crisis of the Holy Roman Empire & the Constitutional Debate
    (1) Cause of Crisis of the Old German Empire
    (2) The Constitutional Debate in the Old German Empire
3. Life and Works of Althusius

III. Althusius' Theory of the State
    1. Keynote of his Political Thought and his Theory of the State
    2. Theme, Goal, and Methodology of Politics
    3. Theory of the State Contract
        (1) 'Consociatio Symbiotica' and the Social Theory of Althusius
        (2) Social and Govemmental Contract
            (i) Influences of Althusius' State Contract Theory on the English
            Constitutionalists in the 17th Century
            (ii) Influences of Althusius on J.-J. Rousseau
    4. The Federal State: Althusius as a Pioneer of Federalism in Europe
    5. Popular Sovereignty
    6. The Right of Resistance ('ius resistendi')
        (1) Reception of 'Monarchomach' Theory of the Right of Resistance in the 16th Century
        (2) Althusius Conception on the Right of People's Resistance
    7. Relation between State and Church
    8. Significance and Limits of Althusius' Theory of the State
IV. Althusius' Theory of Law
    1. Keynote of Legal Theory
    2. Essentials and Source of Law
    3. Natural Law Thought
        (1) Source of Natural Law and its Cognition
        (2) Contents of Natural Law
        (3) Relation between Natural Law and Positive Law
        (4) Elements of Theology and Jurisprudence in the Cognition of Natural Law
        (5) Relation between Natural Law and the Political Power of the State
        (6) Significance of Althusius' Natural Law Thought
4. Structure and Contents of the Constitutional Law
    (1) Reception of Roman Law
    (2) Dichotomy of the Law System
    (3) Distinction of Fact (factum, negotium) and Law (ius, lex)
    (4) Acqusition, Forfeit, and Defense of Rights
    (5) Adoption of Elements of Public Law
    (6) Significance and Limits of Althusius' Theory of Law and its System

V. Conclusion

Bibliography
German Summary

文學博士學位論文

Johannes Althusius의 國家論과 法理論 硏究

1992年 8月

서울大學校 大學院

西 洋 史 學 科

趙 源 弘

목 차

※ 국 문 초 록 ---1
I. 문제의 提起 ---3
II. 근대 국가론과 법이론의 배경 ---12
1. 서구 근대초 '國家性' (Staatlichkeit)형성의 이론적 토대 ---12
(1) 國家理性論의 대두 ---16
(2) 主權論의 대두 ---19
(3) 國家契約論 ---26
(4) 自然法思想 ---31
(i) John Calvin의 자연법 사상 ---33
(ii) 스페인 Salamanca 학파의 자연법 사상 ---37
2. 신성로마제국의 체제위기와 '政體' (Verfassung)논쟁 ---40
(1) 제국체제의 위기 ---40
(2) 신성로마제국의 '政體' 논쟁 ---46
3. 알투지우스의 생애와 저서 ---51
III. 알투지우스의 국가론 ---56
1. 정치사상과 국가론의 基調 ---56
2. 정치학의 주제와 목표 및 방법론 ---60
3. 국가계약론 ---62
(1) "共生社會" (consociatio symbiotica)觀 ---62
(2) 社會契約과 統治契約論 ---68
(i) 알투지우스의 17세기 영국의 입헌주의자들에 대한 영향 ---73
(ii) 알투지우스의 J.J. Rousseau에 대한 영향 ---74
4. 聯邦國家論 ---81
5. 國民主權論 ---85
6. 抵抗權論 ---93
(1) 16세기 Monarchomachen의 저항권과의 관계 ---94
(2) 알투지우스의 저항권 ---98
7. 국가와 교회와의 관계론 ---104
8. 알투지우스의 국가론의 意義와 限界 ---108
IV. 알투지우스의 법이론 ---111
1. 법이론의 基調 ---111
2. 법의 本質과 淵泉 ---114

서울대학교

국 문 초 록

요하네스 알투지우스(1557?,1563?~1638)가 활동하던 16~17세기의 유럽은 중세적 神權政治와 封建的 分權化의 殘滓가 소멸되어 가고 새롭게 군주권을 중심으로 集權化된 세속적 主權國家가 유럽의 각 민족의 생존영역 내에서 대두하던 이른 바 '民族國家'의 前단계 내지 '初期 絶對主義'의 시대였다. 이와 같은 유럽의 전반적인 중앙집권화 된 군주권 지배의 시대는 보편적인 교황권과의 투쟁속에서 이뤄졌고 그 과정간에 유럽은 종교개혁과 심각한 종교동란의 와중을 겪었다.

당대 여전히 중세적 제국체제를 고수하고 있었던 신성로마-독일제국내에서도 領邦高權이 발호하여 제국의 전통적인 지배자로 군림하려 했던 신성로마제국의 황제와 알력을 빚게 되었다. 신성로마제국 내에서의 종교전쟁도 사실은 帝權과 이를 지지하는 황제파 세력 對 황제에 대항하는 영방고권과 이를 지지하는 제국내의 身分세력 간의 권력투쟁의 산물이기도 했다.

이처럼 유럽전반에 민족적 영역국가가 출현할 무렵 —— 이러한 현상을 독일의 법제사가들은 '국가적 상태' 또는 '國家性'(Staatlichkeit)의 대두라고 부르고 있다 —— 에 유럽의 정치사상과 법사상 上에는 새로운 이념과 원리들이 나타났는데 이를 요약하면 아래와 같다.

i) 국가의 자기존립의 필요와 이유의 명분을 내세운 Machiavelli와 Botero의 國家理性(raison d'État, ratio status)론과 ii) 국가의 통치권력과 統治意思가 對內的으로는 '最高性'을, 그리고 對外的으로는 '獨立性'을 지닌다는 장 보댕의 主權論과 iii) 중세말의 Marsilius of Padua(1275~1342)의 '統治契約'(Herrschaftsvertrag)론을 계승하고 칼빈의 契約神學(Föderaltheologie)과 16세기 스페인의 후기 토미스트들 —일명 Salamanca학파—의 사회계약사상에 입각하여 국가권력이 국민과 통치자와의 합의와 계약에 의해 수립된다는 '국가계약'론과 그리고 iv) 앞의 국가계약설과 밀접한 관계를 지닌 사상으로서 국가통치의 원리가 초월적인 神法(ius divinum)과 神의 啓示的 眞理 대신에 인간의 바른 理性(recta ratio)에 의해 발견해 낸 自然法上의 원리들, 예컨대 인간의 평등, 善하고 행복한 삶의 추구, 分配的 正義의 실현, 그리고 계약의 준수 등이 통치원리가 되어야 하고 또 이 원리들은 국가의 실정법속에 구현되어야 한다고 하는 자연법(ius naturale) 사상 등이 바로 그것이었다.

이러한 사상적 조류의 영향을 받은 알투지우스는 당시 신성로마-독일제국내에서 帝權과 領邦高權이 상호 종교적으로 그리고 정치·군사적으로 대립·충돌하여 빚어 낸 제국체제의 二元化와 이로 인한 破局的 政體危機(Verfassungskrise)를 극복해서 제국내에 항구적인 평화와 질서(pax et ordo)를 마련해 주기 위해 1603년에 Herborn에서 『정치학 체계론』(Politica Methodice Digesta…) —— 이 책은 1610년에 Groningen에

서울대학교

3. 자연법 사상 ---------- 118

(1) 자연법의 源泉과 認識 ---------- 118

(2) 自然法의 內容 ---------- 121

(3) 自然法과 實定法과의 관계 ---------- 122

(4) 自然法 認識에 있어서 神學과 法律學의 課題 ---------- 125

(5) 自然法과 國家權力과의 關係 ---------- 126

(6) 자연법史에 있어서 알투지우스의 位相 ---------- 128

4. 國家法 體系의 構造와 內容 ---------- 131

(1) 로마법의 현대적 적용 ---------- 131

(2) 二分法的 法體系 ---------- 134

(3) 사실·행위(factum·negotium)와 법·권리(ius)의 구분 ---------- 136

(4) 권리의 取得과 喪失 및 防禦 ---------- 140

(5) 公法요소의 도입 ---------- 143

(6) 알투지우스의 법이론과 법체계의 의의와 한계 ---------- 149

V. 결 론 ---------- 156

※ Bibliographie ---------- 160

※ Zusammenfassung ---------- 189

서, 그리고 1614년에 Herborn에서 증보·발행되었다 ── 을 저술하였다.

그는 이 저서에서 "共生"(symbiosis)을 기본주제로 삼고 또 자연법사상과 사회계약론에 입각하여 당대 황제와 영방군주의 절대주의화의 경향에 반대하고 國民主權의 원리에 토대를 둔 立憲 聯邦體制를 지향하였다. 그래서 그는 Otto von Gierke에 의해 근대 최초의 자연법에 토대를 둔 민주정치가로 평가받았다. 또한 C.J. Friedrich, F. S. Carney, 그리고 Erik Wolf등은 알투지우스를 서구 최초의 聯邦主義者로 평가하기도 했다.

실제로 알투지우스의 정치학 저서에서 표명된 자연법사상과 사회계약론에 근거한 "국민주권"(Volkssouveränität)의 논리 및 "立憲國家"(Verfassungsstaat) 내지 "法治國家"(Rechtsstaat) 사상은 영국의 John Locke와 프랑스의 Jean-Jacque Rousseau에게 전파되어 서구의 입헌민주주의 국가의 발전을 위한 디딤돌이 되었다.

한편 알투지우스는 1617년에 전술한 입헌 연방주의체제에 보편적으로 통용될 수 있는 『법논리학서』(Dicaeologicae lib.I,II,III)를 저술하였는데 이 책은 본격 繼受된 로마법의 현대적 적용(Usus Modernus Pandectarum)내용을 프랑스의 논리학자인 Petrus Ramus(1515~1572)의 二分法的 論理學과 正義學에 입각하여 "일반 국가법"(Allgemeine Staatsrecht)체계를 구축하기 위하여 발간되었다. Erik Wolf와 Ulrich Scupin은 알투지우스의 이러한 法書발행의 의도는 근대 최초로 성문헌법을 제정하려는데 있었다고 평가하였다. 그리고 Franz Wieacker는 알투지우스의 법체계는 근본적으로 "理性法"(Vernunftsrecht) 체계라고 분석해 주었다.

알투지우스는 이와 같은 포괄적인 정치이론과 법이론을 통하여 서구 근대초기의 절대군주제를 止揚하고 立憲國家 ── 보다 구체적으로 말해서 입헌군주제 ── 를 건설해 보려 하였다.

I. 문제의 提起

19세기말 독일의 저명한 단체법(Genossenschaftsrecht) 연구가인 Otto von Gierke(1841~1921)는 그의 저서 『요하네스 알투지우스와 자연법상의 국가이론의 발전 : 法體系學史에 대한 공훈』(Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien; Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik)(Breslau 1880,1929 & Aalen 1958)에서 지난 5세기간에 독일의 지성이 서구 정신과학사(Geisteswissenschaftsgeschichte)에 기여한 바가 소홀히 취급되어 왔음을 지적하면서 알투지우스를 위요한 독일 정치사상가 및 법사상가들의 역할을 강조하였다.(1) 그래서 알투지우스는 기에르케에 의해서 서구 정치사상사 上에 재차 소개되기 전까지 무려 2세기 半 동안이나 망각의 세계에 묻혀 있었다.(2)

그런데 기에르케는 상술한 저서에서 알투지우스를 서구 근대 최초의 자연법사상과 사회계약론에 토대를 둔 國家學(Staatswissenschaft)의 수립자요, 또한 J.J. Rousseau의 선구자로서 서구 근대 최초의 국민주권론자이며 민주주의자라고 격찬하였는데(3) 이러한 기에르케의 알투지우스 국가론에 대한 분석

---

(1) Gierke는 서구 근대 정치사상사 上에서 Samuel Pufendorf 이전의 독일학자들의 역할이 거의 거론되지 않고 있는 것은 그릇된 사실인식이라고 비판하였다. cf. Otto von Gierke, The Development of Political Theory, trans. by Bernard Freyd(London: George Allen & Unwin. LTD, 1939), pp.15-16.

(2) 그러나 실제 알투지우스의 정치·법사상은 1806년에 신성로마제국이 멸망할 때까지 신성로마제국의 국가론과 국가법 형성에 기여해 왔었는데 이에 관해서는 Gerhard Menk, Johannes Althusius und Die Reichsstaatsrechtslehre. Ein Beitrag zur Wirkung der Althusianischen Staatstheorie , in: Karl-Wilhelm Dahm/Werner Krawietz/Dieter Wyduckel(Hg.), Politische Theorie des Johannes Althusius(Rechtstheorie Beiheft 7)(Berlin: Duncker & Humblot, 1988), S.255-300을 참조할 것.

(3) Vgl. Dieter Wyduckel, Althusius — Ein Deutscher Rousseau? Überlegungen zur politischen Theorie in vergleichender Perspektive, in: Politische Theorie des Johannes Althusius, S.465; R. Derathé, Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temp. Paris 1950, pp.78-92; Carl J.Friedrich, Johannes Althusius und Sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik(Berlin: Duncker & Humblot, 1975), S. 135ff.

서울대학교

은 20세기초 까지 매우 권위있는 것으로 받아드려 졌다.

그러나 1932년에 하버드대학의 Carl Joachim Friedrich가 『요하네스 알투지우스의 정치학 방법론 개요』(Politica Methodice Digesta of Johannes Althusius (Althaus) (Cambridge, 1932)의 序文에서 알투지우스의 정치공동체 내에서의 "共生"(symbiosis) 사상에 主眼하여 알투지우스를 20세기초에 히틀러의 국가 사회주의에서 볼 수 있는 바와 같은 '共同體 至上論者'요 심지어는 '사회주의자'라고까지 평가내리고 그를 서구 근대초기의 一聯의 국가절대주의자들, 예컨데 Machiavelli, Bodin ～ Grotius, 그리고 Hobbes 등의 사이에 포함시킴으로써[4] 알투지우스는 종전의 Gierke의 해석과는 달리 민주주의자가 아닌 절대군주론자 내지 절대 국가론자라는 새로운 관점이 부각되었다.

이러한 새로운 해석의 출현으로 인해서 1940년대～1960년대간에는 P.S. Gerbrandy,[5] Josepf Bischof,[6] Erik Wolf,[7] Heinz Werner Antholz,[8] Ernst Reibstein,[9] Stanley Parry,[10] Frederick S. Carney,[11] Peter J. Wint-

---

(4) C.J. Friedrich, Politica Methodice Digesta of Johannes Althusius (Althaus) (Cambridge: Harvard University Press, 1932), p.XV.

(5) P.S. Gerbrandy, National and International Stability. Althusius: Grotius: Van Vollenhoven (London, 1944).

(6) Joseph Bischof, Die Volkssouveränitätslehre bei Johannes Althusius und Franz Suárez (Vienna, 1944).

(7) Erik Wolf, 'Grundbegriffe der Politik' aus 'politica methoice digesta", Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte (Tübingen, 1951).

(8) Heinz Werner Antholz, Die politische Wirksamkeit des Johannes Althusius in Emden (Leer, 1954).

(9) Ernst Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca (Karlsruhe, 1955).

(10) Stanley Parry, 'The Politics of Johannes Althusius'. Unpublished Ph. D. dissertation. University of Chicago, 1960.

(11) Frederick S. Carney, The Associational Theory of Johannes Althusius. A Study In Calvinist Constitutionalism (Chicago, 1960); ders., The Politics of Johannes Althusius. An abridged translation of the Third Edition of Politica Methodice Digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata and including the Prefaces to the First and Third Editions (Boston, 1964).

ers,[12] Jacques Dagory,[13] Hans Thieme[14] 등이 알투지우스의 정치사상에 관해 본격적인 연구를 진행시켜 왔다.

Joseph Bischof는 알투지우스의 국민주권사상이 16세기 스페인의 살라만카학파의 명성을 크게 떨쳐 주었던 Francisco Suárez(1548~1617)의 사회계약사상의 영향을 받아서 主唱되었음을 밝혀 주었고,[15] 또한 Erik Wolf는 알투지우스의 정치사상이 휴머니즘정신과 특히 칼빈의 神論(Gotteslehre)과 법관념(Rechtsauffassung)에서 노정된 칼빈의 신학적-정치적 인식에 그 토대를 두고 있음을 지적해 주었다.[16] 이러한 입장은 F.S. Carney, P.J. Winters, Jacques Dagory, James W. Skillen[17] 에 의해서도 노정되었다. 그런데 Jacques Dagory와 F.S. Carney가 알투지우스의 정치사상이 칼빈의 사회이론의 관점에서 나타난 神約사상에 입각하여 궁극적으로는 立憲主義的 聯邦制(constitutional federalism)를 指向하였음을 지적해 준 점[18]은 매우 啓發的이었다. 특히 F.S. Carney가 1964년에 알투지우스의 Politica 1,2,3版 머릿말 부분과 Politica 제3版의 전체내용을 영어로 축약·번역해 주고 알투지우스가 인용했던 사상가와 사유방법을 8개의 범주로 요약해 준 점은 알투지우스의 연구를 위해 매우 유익하였다. P.J. Winters도 『요하네스의 정치학』(1963)에서 알투지우스의 정치사상의 배경을 이뤄 준 사상적 요소를 i)칼빈의 사회이론 ii)16세기 스페인의 자연법이론 iii)Monarchomachen의 주장 iv)장 보댕의 주권론 등으로 압축해 주었는 데 알투지우스 연구에 좋은 길잡이가 될 것이다.[19]

한편 H.W. Antholz는 『Emden에서의 요하네스 알투지우스의 정치활동』(1954)에서 알투지우스가 1604년 부터 1638년 까지 北歐의 Genf로 불리운 東Frisland

[12] Peter J.Winters, Die 'Politik' des Johannes Althusius und ihre zeitgenossischen Quellen. Zur Grundlagen der Politischen Wissenschaft in 16. und in beginnenden 17. Jahrhundert(Freiburg, 1963).

[13] Jacques Dagory, La politique "d' Althusius." These pour le Doctorat (Paris, 1963).

[14] Hans Thieme, 'Die Basler Doktorthesen des Johannes Althusius', in: Festschrift für Hans Liermann zum 70. Geburtstag(Erlanger Forschungen 16)(Basel, 1964).

[15] Joseph Bischof, a.a.O., S.8-15.

[16] Erik Wolf, a.a.O., S.182-183.

[17] J.W. Skillen, ' The Political Theory of Johannes Althusius', in: philosophia reformata 39(1974), pp.56-72.

[18] J.Dagory, la "Politique" d'Althusius, pp.6-12, 221-231;
F.S.Carney, The Politics of Johannes Althusius(中略), VIII-X.

[19] P.J. Winters, Die)Politik(des Johannes Althusius(中略), S.35-130.

의 Emden市의 법률고문(syndikus)으로 재직하면서 활동했던 제반 사실들을 상세하게 알려 주었는데 이것은 Emden에서의 알투지우스의 정치적 활동 내지 기타 법률적 종교적 활동이 그의 정치학 이론서인 Politica 제2, 제3권에 그 얼마나 반영되어 나타났는가를 이해하는데 큰 도움을 줄 것이다.[20]

E. Reibstein은 『살라만카학파의 후예로서의 알투지우스』(1955)에서 알투지우스의 자연법사상이 16세기 스페인의 후기 Thomism의 牙城인 살라만카 학파의 Covarruvias, Vasquez 등의 세속적 휴머니스트적 자연법이론(profane, humanistische Lehre vom natürlichen Recht)의 영향을 물려받은 독일에 있어서의 살라만카 학파의 후예라고 평가해 주었는데 이러한 평가는 알투지우스의 정치・법이론이 칼빈니스트적 宗派主義의 한계를 벗어나 포괄적인 이론체계를 구축하려 했음을 잘 입증해 주고 있다고 보여진다.[21]

이처럼 1940~1960년대 간에 유럽 각국에서 알투지우스의 정치사상에 관한 연구업적이 부단히 이뤄지고 있는 동안에 1959년에 독일의 뮌스터(Münster) 대학의 국가학과 법학부(법대)내의 공법 및 정치학연구소는 당년 10월에 이 연구소내에 「Althusius 協會」(Johannes Althusius Gesellschaft)를 창설하여 알투지우스의 정치・법사상의 출현을 전후로 한 16~18세기의 서구의 국가론과 국가법론(Allgemeine Staatsrecht), 법제사(Verfassungsgeschichte), 그리고 정치사상에 관한 연구를 본격적으로 진행시켜 왔다. 본 협회는 1973년에 Althusius Bibliographie Heft 1,2[22]를 발간함으로써 알투지우스 연구가들에게 좋은 지침을 제공해 주었다.[23] 「요하네스 알투지우스협회」는 근대초의 대표적인 정치・법이론과 憲政史家로서 Bodin, Hotman, Althusius, Grotius, 그리고 신성로마-독일제국의 여러 公法學者들-예컨데, Dominikus Arumäus(1579~

---

(20) H.W. Antholz, Die politische Wirksamkeit des Johannes Althusius in Emden, S.38-218.

(21) E. Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca, S.1-3: 14-16.

(22) 이 책의 原名은 다음과 같다: Althusius-Bibliographie. Bibliographie zur politischen Ideengeschichte und Staatslehre, zum Staatsrecht und zur Verfassungsgeschichte des 16. bis 18. Jahrhunderts.

(23) 이 협회의 연구진들은 아래와 같다: Ulrich Scheuner(Bonn大), C.J.Friedrich(Heidelberg, Harvard大), P.Jacobs(Münster大), G.Oestreich(Hamburg, Marburg大), H.U.Scupin(München, Münster大), 그리고 D.Wyduckel(Münster大)등 이었다.

1637),(24) Johannes Limnaeus,(25) Henning Arnisaeus(ca.1575~1636),(26) Samuel Pufendorf(1632~1694)(27)와 그리고 Christian Wolff(1679~1754)(28) —이 두 사람은 자연법개념에 입각하여 절대군주정을 주장하였음— 과 프랑스의 몽테스큐외를 열거하면서 알투지우스를 자연법사상에 입각하여 근대 大議制 민주정 내지 立憲國家(Verfassungsstaat) 또는 法治國家(Rechtsstaat)사상을 나타내고 있는 중요 인물로 평가하려는 경향을 보여 왔다.(29) 이러한 경향은 Gierke의 기본입장을 견지하면서 이를 확대적용해 보려는 시도의 일환으로 보인다. 프랑스의 Pierre Mesnard도 『16세기의 정치철학론』(1977)에서 기에르케의 독일 단체법이론에 영향을 받아 알투지우스를 '法人民主論者'(corporatif democrate)(30)라고 천명하였다.

알투지우스의 정치—국가론 및 법이론이 형성된 16~17세기는 중세적인 전통사상과 근대적인 새로운 조류가 상충·혼재하는 '모호한 시대'(Dunkelzone)

(24) D. Arumäus는 알투지우스로 부터 身分的-團體的 主權思想을 물려 받아 Jena대학에서 立憲國家 사상을 주장하였다. Vgl. Heinrich Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte(München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1974), S.41; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600~1800(München: Verlag C.H.Beck, 1988), S.118-147.

(25) H. Limnaeus는 황제에 대한 제후권주장과 아울러 알투지우스로 부터 영향을 받아 二重主權論을 주장하였다. Vgl. Rudolf Hoke, Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft in 17. Jahrhundert(Aalen: Scientia Verlag, 1968), S.39-53.

(26) H. Arnisaeus는 알투지우스의 국민주권론을 정면으로 반박하면서 보댕의 군주주권론을 지지하였다. Vgl. Horst Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus Und Absoluter Staat. Die "Politica" des Henning Arnisaeus(Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1970), S.87-88, 336-341.

(27) Hans Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs. Ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts(Berlin: Walter de Gruyter, 1958), S.19-30.

(28) Hanns-Martin Bachmann, Die naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs(Scriften zur Verfassungsgeschichte Band 27)(Berlin: Duncker & Humblot, 1977), S.23-31.

(29) Althusius-Bibliographie, S.XXV.

(30) Pierre Mesnard, L'Essor de la Philosophie Politique au XVI Siecle(Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1977), p.72.

서울대학교

(31)이고 또 문화양식의 전환기(Stilwende)(32)요 '과도기'(33)였기 때문에 그 사상과 이론의 성격을 명확하게 규명하기가 어려운 바가 있다. 그래서 전술한 바와 같이 Gierke는 알투지우스를 근대 민주주의의 효시요 루쏘의 선구자라고 강변하였는가 하면 C.J. Friedrich는 알투지우스가 '共生共同體'(consociatio symbiotica)수립과 발전을 정치학과 법학의 목표로 삼고 있다고 해서 그를 '공동체 지상론자' 내지 '철저한 국가주의자'(Staatsabsolutist)라고 평하였다.(34) 뿐만 아니라 Friedrich는 알투지우스의 종교관용의 주장도 그것이 개인의 권리를 위해서라기 보다는 종교동란의 와중으로 부터 정치적 평온을 되찾으려는 公共善의 입장에서 주장되었다고 하였다.(35)

한편 Kurt Wolzendorff는 알투지우스의 저항권(ius resistendi) 사상을 강조하여 그의 정치사상을 '暴君放伐論'(Monarchomachismus)의 일종에 불과하다고 하였으며(36) 또한 「알투지우스협회」의 회장이요 Münster대학의 법학교수였던 Ulrich Scupin은 국민주권론자로서의 알투지우스의 면모를 재강조하고 나

---

(31) 「알투지우스 협회」는 이 근대의 '모호한 지대'의 下限을 18세기 중엽까지 잡고 있다.

(32) C.-F, Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit(Heidelberg: C.F.Müller, 1987), S.1-3.

(33) Frederick Copleston, A History of Philosophy, Volume III, Ockham to Suarez(Westminster: The Newman Press, 1959), p.311; J.H. Shennan, The Origins of The Modern European State 1450~1725(London: Hutchinson University Library, 1974), pp.15-20.

(34) C.J. Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik, S.104.

(35) ebenda, S.109. 또한 Friedrich는 Georg Jellinek가 『人權과 市民權의 선언』(Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte)(1895)에서 종교자유의 권리를 최초의 인권(das ursprüngliche Menschenrecht)으로 설명한 것도 부적절한 것이라고 평하였다. 왜냐 하면 영국에서는 사유재산권이 종교자유 보다 먼저 결정적인 역할을 했기 때문이라고 하였다.

그리고 그는 Gierke가 알투지우스를 사회계약론자로 보려는 견해도 반대하였다. 왜냐 하면 알투지우스의 중요관심은 사회 각 시민단체(civilis consociatio) — collegium, societas, coetus, sodalitas, conventus — 들이 전체 공동체속에 부분으로 통합되어 있는 것에 있었기 때문이라고 하였다. 그래서 그는 알투지우스를 연방주의자로 보려는 Gierke의 입장에도 한계가 있음을 지적하고 알투지우스를 '결합주의자'나 '통합주의자'로 불러야 마땅하다고 하였다.

(36) Kurt Wolzendorff, "Staatsrecht und Naturrecht in der späteren Entwicklung der Widerstandsrecht," in: Staatsrecht und Naturrecht(Breslau: Verlag von M. & H. Marcus, 1916), S.199-202.

섰으며[37] 동 대학의 Dieter Wyduckel은 알투지우스의 정치사상의 핵심중의 하나인 契約(pactum)사상에 主眼을 두고서 J.J. Rousseau의 사회계약론(Du Contrat Social)과의 연계성을 피하기도 했다.[38]

그리고 Cambridge대학의 Brian Tierney는 『종교, 법, 그리고 입헌주의적 사상의 성장: 1150~1650』(1982)에서 알투지우스의 정치·법사상이 1150년대~1650년대 까지에 발달한 서구의 입헌주의 사상의 범주에 속해 있다고 하면서 미국의 연방이념과 헌법기초의 전통이 알투지우스 및 기타 칼빈의 정치신학의 전통속에 이뤄졌음을 지적해 준 점은 매우 進展된 입장으로 여겨진다.[39]

한편 1984년 독일의 나사우(Nassau)州의 Herborn대학이 대학창설 400주년을 맞이하여 1586~1604년 까지 18년간 이 대학에서 최초로 법학교수와 그리고 대학총장을 역임하면서(2회) 이 대학의 명예와 독일의 정치·법 사상계를 빛내 주었던 알투지우스를 기념하기 위하여 '국제 알투지우스 심포지움'을 개최하고 1988년에 기념논문집으로 『요하네스 알투지우스의 정치이론』을 발행하여 알투지우스의 국가론과 법이론의 성격과 의의를 종교·정치·법·사회이론 면에서 보다 광범하게 照明해 주었는데[40] ― 특히 휴머니즘과 칼빈적 정치신학에 입각한 법치국가(Rechtsstaat)의 수립이라는 관점에서 조명하였음 ― 이 논문집은 최근의 알투지우스에 대한 연구경향을 파악하는데 유익할 것이다.

Otto von Gierke로 부터 지금까지 1세기간 이뤄져 온 알투지우스의 정치·법사상에 관한 연구경향을 大別하면 아래와 같다.

첫째 1880년대의 Gierke의 연구를 始發로 해서 「요하네스 알투지우스 협회」

---

[37] H.U. Scupin, Demokratische Elemente in Theorie und Praxis des Johannes Althusius, in: A Desirable World. Essays in Honour of Professor Bart Landheer. The Hague 1974, S.67-78.

[38] Dieter Wyduckel, Althusius-ein deutscher Rousseau? Überlegungen zur politischen Theorie in vergleichender Perspektive, in: Karl-Wilhelm Dahm/Werner Krawietz·Dieter Wyduckel(Hg.), Politische Theorie des Johannes Althusius, S.465-493.

[39] B. Tierney, Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150-1650(Cambridge: Cambridge University Press, 1982), pp.75-78.

[40] Karl-Wilhelm Dahm/Werner Krawietz·Dieter Wyduckel(Hg.), Politische Theorie des Johannes Althusius[Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 7](Berlin: Duncker & Humblot, 1988).

의 연구업적에 이르기 까지 알투지우스를 근대유럽 초기의 선구적인 자연법학자와 (사회)계약론자로 인식해서 그의 국가론이 자연법과 사회계약 사상에 토대를 둔 民主政體를 목표로 하고 있다는 입장과

둘째로 1930년대의 Carl J. Friedrich을 始發로 해서 최근의 Carl Siedschlag에 이르기까지 알투지우스를 '국가 절대주의자' 내지 '권력국가론자'(Machtstaatsdenker)[41]로 보려는 입장이다. 그러나 Friedrich는 이러한 기본입장을 견지하면서도 알투지우스를 연방주의자로 보려는 입장은 전혀 배제하지 않고 있다.

세째로 Jacques Dagory, Michel Villey,[42] Pierre Mesnard 등의 프랑스 법학자들의 입장으로 이들은 Gierke의 독일 단체법사상의 연구결과와 최근의 칼빈니즘 政治神學에 대한 분석을 전거로 삼아 알투지우스의 정치사상과 법사상의 특성을 '組合主義'나 '法人民主主義'로 규정하려는 경향이다.

네째로 F.S. Carney, P.J. Winters, Erik Wolf, Brian Tierney 등이 중심이 된 입장으로서 이들은 알투지우스의 정치사상이 서구의 입헌주의적 전통과 칼빈의 契約神學(föderaltheologie)에 근거하여 聯邦制的 立憲國家를 지향하고 있었다고 주장하였다. 최근의 「알투지우스 협회」 소속의 학자들의 연구경향도 알투지우스의 정치이론 중에서 권력분립과 대표제 및 저항권 등의 법치국가의 권력구조의 형성을 위한 요소들을 분석하는 데 초점을 맞추고 있다.

알투지우스의 국가론을 위시로 한 정치사상 전반과 법이론의 특성과 그 한계를 좀더 명확하게 인식하려면 서구 16~17세기의 정치적 조류와 법철학 일반에 대한 이해가 우선적으로 필요하다. 따라서 본고에서는 제2장에서 근대 국가론과 법이론의 배경이라는 항목하에서 i) 서구 근대초 '國家性'(Staatlichkeit) 형성의 이론적 토대를 개관하였고 ii) 16~17세기 신성로마제국의 體制危機와 '政體'(Verfassung)논쟁을 검토하였으며 그리고 제3, 제4장에서 본격적으로 알투지우스의 국가론과 법이론의 내용을 구체적으로 분석하였고 제5장의 결론 부분에서는 알투지우스의 국가론과 법이론이 서구 근대 정치사상사 및 법제사에 기여한 바와 그 한계를 규명해 보려고 하였다.

---

[41] Siedschlag는 요하네스 알투지우스와 Justus Lipsius의 정치이론을 권력국가 사상의 측면에서 고찰하였다. Vgl. C. Siedschlag, Machtstaat und Machtstaatsgedanke in den politischen Lehren des Johannes Althusius und des Justus Lipsius, in: Politische Theorie des Johannes Althusius, S.313-332.

[42] Michel Villey, La Formation de la Pensée Jurisdique Moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit(Paris, 1975), pp.580-596.

본 연구를 진행시키는데 있어서 기본적인 史料로 활용한 것은 알투지우스의 정치이론서인 Politica Methodice Digesta…(43) 제1판(Herborn 1603)과 제2판(Groningen 1610) 및 제3판(Herborn 1614)과 그리고 로마법의 『法學提要』(Instituten)체계를 改編·增補한 『2권으로 된 로마법학』(Jurisprudentia Romana lib.1, 2(Basel 1586,1588)과 이 로마법학書를 대폭 증보하여 포괄적인 일반 국가법(Allgemeine Staatsrecht) 체계로 변경해 준 3권으로 된 法理論과 法體系書인 Dicaeologicae lib.1,2,3(Herborn 1617)(44)이었다.

---

(43) 이 책의 原名은 다음과 같다; Politica Methodice Digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata(Politics Methodically Set Forth Illustrated With Sacred and Profane Exemples; 정치학 방법론적: 聖俗事例에 의한 註釋).
Frederick S. Carney는 1964년에 이 책의 3판을 「요하네스 알투지우스의 정치학」(The Politics of Johannes Althusius)이라는 제목하에 요약 번역하였다. 알투지우스의 정치학서는 앞으로 Politica로 표기하겠음.

(44) 이 책의 원명은 다음과 같다; Dicaeologicae libri tres, totum et universum jus quo utimur methodice complectantes, cum parallelis hujus et judaici juris, tabulis que insertis(3권의 법논리학서: 방법론 上으로 유대법체의 비교와 법표의 첨입등이 이루어진 포괄적인 법이론서).

서울대학교

II. 근대 국가론과 법이론의 배경

1. 서구 근대초 '國家性'(Staatlichkeit) 형성의 이론적 토대

알투지우스가 생존하였던 16세기중엽~17세기초의 유럽은 휴머니즘사상(45)과 唯名論(Nominalismus)(46) 및 세속화(Säkularisierung)(47)의 조류로 인하여 보편적인 교황권력(Papstum)과 성직자 정치(Hierokratie) 및 제국이념(Reichsidee)이 쇠퇴하고(48) 종래의 문화양식이 변화(49)되는 가운데 集權化된 세속국가 내지 세속적인 '國家性'(Staatlichkeit)(50) — '국가적 상태나 지위'라는 의미를 지닌 國家性의 본질을 장 보당은 그의 『국가론』(1576)에서 '국가의 절대적이고 영속적인 힘'(la puissance absolue & perpetuelle d'une Republique), 또는 '시민과 臣民속에서 법의 구속을 벗어나 있는 최고의 권한'(summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas), 즉 '主權'(souveraineté, 또는 Majestas)(51)이라는 말로 表現했지만 — 이 형성되는 시기였다.

다시 말해서 이 시기는 敎權과 이와 결탁한 帝權이 군림하였던 종교적 내지 황제지배적 질서 대신에 세속 군주권을 중심으로 한 국가권력(일명 主權)과 神法으로 부터 일탈한 세속화된 자연법(Profanes Naturrecht)과 실정법이 지배하는 이른바 세속국가

---

(45) Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Beruecksichtigung der deutschen Entwicklung(Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967) S.124-152.

(46) Heinrich A. Rommen, The Natural Law. A Study In Legal And Social History And Philosophy(New York: B.Herder Book CO., 1955), pp.72-93.

(47) Michael Stolleis(Hrsg.), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik · Politik · Naturrecht(Frankfurt am Main:Alfred Metzner Verlag, 1987), S.16-20.

(48) ______〃______, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, S.186-187.

(49) C.-F. Menger, a.a.O., S.1-3.

(50) D.Wyduckel, Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft(Berlin: Duncker & Humblot, 1984), S.110-112; H. Quaritsch, Staat und Souveränität, Frankfurt 1970, S.11-15.

(51) Jean Bodin, Six livres de la République, Paris 1576, p.84 H6-7; ders., De Republica libri sex, Rome 1586, p.84 H6-7.

서울대학교

의 정치적 질서와 법질서가 역사의 전면에 부상하는 중대한 전환기였다.(52)

이러한 집권화된 세속국가의 출현은 중세에 초국가적 보편적 regnum(지배권)으로서의 지위를 누리고 있었던 교회의 권위가 위협받게 되고 또한 중세에 分權的인 통치력을 행사하고 있었던 領主權(Lehnherrschaft, lordship)이 도전받게 됨으로써 가능했는데 전자는 이미 14세기 초엽에 William of Occam과 Marsiglio of Padua에 의해서 그리고 후자는 Charles Der Moulin에 의해서 최초로 공격받게 되었다.(53)

이러한 현상과 더불어 14세기 초엽~16세기 초엽에는 중세적 공동체개념과 권력개념인 regimen, gubernatio, politia, communitas, imperium, regnum 그리고 potestas 대신에 고대 로마의 국가개념인 'respublica'가 재등장하게 되었고(54) 또한 이와 함께 "lo stato, État, Staat, State"라는 새로운 용어가 통용되기 시작하여 국가의 본질과 정치에 대한 개념상에도 중대한 변화가 일어 났다.(55) 이때 국가개념과 더불어 주권개념도 새로이 출현하였는데 당시의 주권개념은 1576년에 장 보당의 『국가론』(République)에서 나타난 국가의 最高權(souveraine puissance; ius maiestatis; Hoheit)과 같은 개념이 아니라 로마법의 'imperium'(황제의 명령권 내지 지배권)과 같

(52) M. Stolleis, Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, S.22-23; John N.Figgis Studies of Political Thought from Gerson to Grotius, 1414~1625(Cambridge:Cambridge University Press, 1956), pp.4-5; p.200ff.

(53) Quentin Skinner, The Foundations of Modern Political Thought, Volume I(Cambridge: Cambridge Uni. Press, 1978), pp.350-351. 한편 Brian Tierney는 군주의 集權的 領域國家의 출현을 중세의 敎會 즉 보편적 권력중의 하나였던 敎會의 位階制에서 그 군주제적 체제에 반발하는 分權化 세력으로서의 "corporative entity"(universitas, 法人 또는 團體)세력의 성장으로 파악하였다. cf. B. Tierney, Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150~1650(Cambridge:Cambridge Uni. Press, 1982), pp.10-28. 그러나 독일 중세사학계 최근 법제사가들의 대부분은 세속국가의 원리가 11세기말에 일어난 황제와 교황과의 敍任權투쟁(Investurstreit)에서 비롯되었다고 주장하고 있다.

(54) 1350년경 이후 君主論에 관한 저서(Furstenspiegel) 속에서 'regimen' 대신에 'respublica'라는 용어를 사용한 例는 다음과 같다. Philppen Leyden, De cura reipublicae et sorte principantis(1355); Francisco Eximenes, Regiment de la cosa publica(1383).

(55) Ulrich Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften(Berlin: Duncker & Humblot, 1978), S.2-39, 45-79; K.C.Dowdall, —The Word 'State', in: The Law Quarterly Review, Vol.XXXIX(London,1923), pp.98-125; Alexander Passerin D'Entrèves, The Notion of The State. An Introduction to Political Theory (Oxford: At The Clarendon Press, 1967), pp.28-35.

서울대학교

은 개념이었다. 그래서 14~15세기의 로마법 학자들 간에는 'merum imperium'(순수최고지배권)이 군주에게만 있는가? — Bartolist의 주장 — 또는 일반 政務官에도 있는가? — 法휴머니스트(Legal Humanist)들의 주장 — 라는 논쟁[56]이 일기도 하였다. 그러나 바야흐로 16세기 이후로는 새로운 국가개념과 주권개념의 등장으로 인해서 국가권력과 정치현상을 더 이상 聖 어거스틴처럼 인간의 原罪로 인한 타락을 개선시키기 위한 必要惡으로 간주하거나 또는 교황 그레고리(Gregorius) 7세처럼 통치권력이 반드시 종교적·정신적 後見을 받아야 한다고 생각하진 않게 되었다.

국가는 이제 아리스토텔레스의 「정치학」의 이념에 따라서 사회적 본능을 지닌 인간의 자연적 필요에 의해 자연적으로 형성된 인사적 산물이고 국가의 존재목적도 神의 永久法(ius aeterena) 上에 계획된 인류구원의 목적에 참여하는데 있는 것이 아니라 현세에서의 행복(eudaimonia)과 公共善(bonum publicum)의 증진이라는 정치적 목적에 있다고 생각하게 되었다. 그러므로 정치사회(societas civilis)를 지배하는 法의 원리도 종전처럼 神法이 아니라 신이 인간의 영혼속에 심어 준 자연법(ius naturale)[57]이라고 생각하게 되었다.

그러나 이 자연법은 16~17세기 간에는 宗教戰爭의 영향으로 인해 기독교적 기반으로 부터 완전히 일탈하지 못하고 18세기의 '理性의 時代'(The Age of Reason)를 맞이해서야 비로소 인간의 이성(logos, recta ratio)속에 간직되어 있는 영원한 道德律이요 理性法(Vernunftsrecht)으로 인식되었다.

그런데 이렇게 世俗化 내지 脫宗教化된 자연법의 이념에 적합한 국가체제는, 특히 프로테스탄트 종교개혁 이후로는 중세처럼 황제와 교황이 지배해 온 보편적 제국체제 — 소위 '二重王國'(dual Monarchy)체제 또는 '雙劍'(zwei Schwerter)이론체제 — 가 아니라 세속군주에의해 지배되는 독립된 主權國家(separater-souveräner Staat) 내지 民族的 領域國家(national territorial state; nationaler Territorium) 라고 여기

---

(56) Lee C. McDonald, Western Political Theory, From the Origins to the Present (New York: Harcourt Brace Jovanovich, INC., 1968), p.257; Myron Piper Gilmore, Argument from Roman Law in Political Thought 1200~1600 (New York: Russell & Russell, 1967), pp.45-92.

(57) Otto von Gierke, Natural Law and the Theory of Society 1500 To 1800, trans. by Ernest Barker(Boston: Beacon Press, 1960), pp.35-44; Paul E. Sigmund, Natural Law in Political Thought(New York: University Press of America, 1971), pp.55-65; Erik Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung, 3. Aufl., Karlsruhe 1964, S.14-27.

계 되었다.(58)

그러므로 16세기 이후의 서유럽의 정치·법제사의 중심테마는 자연법과 국가이성(raison d'État; Staatsräson), 그리고 국가최고의사 결정권인 主權 — 보다 구체적으로 말해서 주권의 所在(主體)와 行使方式의 문제 — 등의 국가철학과 법철학의 문제들이었다.(59)

이러한 현안들을 해결하기 위해 당시의 정치 이론가들과 법학자들은 합리주의와 과학주의의 사조의 영향을 받아서 종래의 스콜라적-아리스토텔레스적 방법론 대신에 새로운 방법론을 도입하여 정치·법이론의 체계화를 꾀하였는데 이때 이론의 체계화를 위해 크게 활용되었던 새로운 논리체계는 16세기 프랑스의 최대의 논리학자이며 수학자인 Pierre de la Ramée(Petrus Ramus)(1515~1572)의 二元分類法(dichotomy)(60)이었다. 그밖에 데카르트의 기하학적 방법론도 이따금 언급되었으나 이 방법은 Ramus의 二分法的 방법론이 지나치게 概念形式主義에 빠진 모순을 노정하게 된 17세기 중엽까지는 보편화 되질 못하였다.

그런데 최근의 서구의 정치·법철학자들은 근대 초기에 대두한 유럽의 "Staatlichkeit"의 이론적 토대로서 국가이성론, 주권론, 계약론, 그리고 자연법론 등을 들고 있는데(61) 이러한 이론들은 알투지우스의 포괄적인 정치사상과 국가론 및 국가법이론에 매우 큰 영향을 미쳐 주었으므로 알투지우스의 국가론과 법이론에 대한 구체적인 논의에 앞서 이들 사상과 이론들에 대한 사전 검토가 이뤄져야 할 것이다.

---

(58) Horst Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus Und Absoluter Staat, S.212-244; Hanns Gross, Empire And Souvereignty: A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire, 1599~1804(Chicago and London: The University of Chicago Press, 1973), p.101;
F.J.C. Hearnshaw, The Social & Political Ideas of Some Great Thinkers of the Sixteenth and Seventeenth Centuries(London:George G.Harrap & Co.LTD., 1926), pp.27-41; J.H. Shennan, The Origins of The Modern European State 1450~1725 (London: Hutchinson University Library, 1974), pp.69-102.

(59) Gerhard Oestreich, 'Die Verfassungspolitische Situation der Monarchie in Deutschland vom 16. bis 18. Jahrhundert', in: Geist und Gestalt des frühmodernen Staates(Berlin: Duncker & Humblot, 1969), S.260-61.

(60) Walter J. Ong, Ramus; Method, and the Decay of Dialogue(New York: Octagon Books, 1974), pp.36-49, 225-236; Pierre Albert Duhamel, 'The Logic And Rhetoric of Peter Ramus', in: Modern Philology 46(1948-49), pp.163-171.

(61) D. Wyduckel, Ius Publicum(前揭), S.100-113; M. Stolleis, Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert(前揭), S.12-30.

서울대학교

(1) 國家理性論의 대두

전술한 바와 같이 15세기 중엽~16세기 초의 서구에서 세속적인 군주권 (또는 왕권)을 중심으로 한 국가 내지 정치공동체가 중세적 기독교공동체(respublica christiana)의 봉건적 질서 대신에 역사의 전면에 나타나면서 정치공동체도 개인처럼 고유의 'ratio'(理性)을 지니고 자신의 이익과 자기목적을 추구할 수 있다는 시대정신이 표출하게 되었다. 바로 이러한 국가의 자기존립의 목적과 이유를 마키아벨리는 '必然性'(necessita)이라는 말로 함축적으로 나타내었고[62] Giovanni Botero는 '국가이성'(della ragion di stato)[63]으로 표현하였다.

물론 16세기 보다 훨씬 오래전에 이미 낡은 봉건사회를 크게 붕괴시키면서 근대적 國家性을 대두시켜 온 일련의 과정들의 고찰은 중요하다. 한 그 예로 i)12세기의 르네쌍스와 ii)북부 이탈리아와 남부 프랑스에서의 로마법 부활과 iii)특히 13세기의 토마스 아퀴나스의 스콜라철학의 완성과 14세기의 William of Occam의 唯名論의 주장에서 발현된 13-14세기의 아리스토텔레스의 철학과 정치학의 재수용에 의한 정치사회(societas politica)와 정치세계의 재발견은 1500년대의 문화시 양식변화와 새로운 세속적·합리적 정치질서 구축 및 근대적 시대정신의 창조에 지속적인 영향을 미쳐 왔음은 부인할 수 없다.[64] 그러나 1500년대에 세속군주가 중세의 보편적인 교황권의 쇠퇴와 명목뿐인 황제권의 무기력한 상황을 이용하여 실력—전쟁과 군대의 힘—으로 봉건귀족들과 성직계층들을 그의 지배권하에 흡수하고 대신 그들을 특권신분으로 유지시켜 줌으로써 외관상 정치적으로 통일국가가 형성되기 시작했고 국토·국민·주권 등의 근대국가 성립의 제 요소들이 군주권 속에서 집약되었던 것이다. 이때 국가(lo stato, Staat)라는 개념은 군주의 재산(보다 구체적으로 real estate의

---

(62) Niccollo Machiavelli, Il Principe(Harmondsworth: Penguin Books, 1961), p.71. M.Stolleis, Geschichte des "Offentlichen Rechts in Deutschland", S. 197-198; Friedrich Meinecke, Die Idee der Staatsräsen, S.246.

(63) Giovanni Botero, Della ragion di Stato(1589). A Cura di C.Morandi, Bologna 1930; D.J.and O.P.Waley(trans), Giovanni Botero. The Reason of Stato(London: Routledge & Kegan Paul, 1956), p.3. 여기서 Botero는 국가성이란 국가가 국민을 안정되게 지배할 수 있는 지배권의 수립·유지·확대를 가능케하는 수단에 대한 인식(앎)이라 정의하였다.

(64) Wyduckel, Ius Publicum, S.112-113; Joseph R.Strayer, On the Medieval Origins of the Modern State (Princeton: Princeton Uni.Press, 1970), pp.57-111; James H.Overfield, Humanism and Scholasticism in Late Medieval Germany (Princeton: Princeton Uni. Press, 1984), pp.143-207.

토지와 영토)[65]으로 간주되거나 또는 군주 인격(persona)과 미분리 되어 있어서 아직 오늘날의 국가개념으로 활용하고 있는 통치자와 피치자로 부터 독립되어 있는 '추상적인 실체'로 까지는 인식되지는 않았지만 성 아우구스틴의 「神國論」(De Civitate Dei)(413-426)에서 나타난 바와 같이 국가(또는 정부)를 필요악으로 여긴다거나 또는 인간구원이라는 초월적 목적을 위한 보조수단으로 여기질 않고[66] 인간 정치사회의 자연적 질서로 보거나 전술한 바와 같이 마키아벨리처럼 '필연성'의 산물로 여겼다. 특히 16세기초에 이탈리아에서 '국가이성'이라는 말이 Francesco Guicciardini와 Giovanni della Casa(1503-1556)에 의해서[67] 널리 膾炙되게 됨으로써—이 말은 프랑스를 거쳐 신성로마독일제국에 까지 파급되었음—국제법과 더불어 국가이성은 근대국가의 정치적·법률적 正體性(Identität)의 발견에 크게 이바지하게 되었다.[68] 실제로 16세기 중엽에는 <권위, 이성, 필연성>(autorité, raison, necessité)이라는 말은 거의 <국가이성>(il rispetto di stato)이라는 말과 동의어로 쓰였다. 其實 마키아벨리의 'necessita'라는 말도 이들 두 사람의 'ragion stati'(국가이성)이라는 말의 轉用에 불과했다. 한편으로 이 말은 1589년에는 Giovanni Botero(1540~1617)에 의해서 「국가 이성론」(Della Ragion di Stato libri dièci)이라는 저서의 내용으로 확충되어 나타났다. 독일에서는 1602년에 Jacob Bornitz가 그의 「비교 정치론」(Discursus Politicus de Prudentia comparanda)에서 이 말을 최초로 그러나 매우 비판적으로 사용했다. 곧 그는 여기서 참된 정치적 슬기와 사이비·마키아벨리적 巧智와를 구분하면서 국가이성을 善을 가장한 惡이라고 혹평하였다. 그러나 같은 해에 Arnold Clapmarius는 「公法論」(Disputatio de iure publico)(Altdorf 1602)에서 국가이성을 '통치의 비밀과 권한'(Arcana und Jura dominationis)이라는 말로 완곡하게 표현하면서 이 국가이성은 통치를 위한 은밀한 특권이

---

[65] Shennan, op.cit., p.25.

[66] Augustine, City of God, David Knowles(ed.), Harmondsworth, Penguin Books Ltd., 1981, Book XI~XII, pp.471-594; Alan Gewirth, Marsilius of Padua. The Defender of Peace, Volume I: Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy (New York and London: Columbia Uni.Press, 1964), pp.226-236.

[67] Francesco Guicciardini는 「피렌체 통치체제에 대해」(Dialogo del Reggimento di Firenze)(1523)에서 'ragione uso degli stati'(국가이성)이라는 말을 최초로 사용했고 Giovanni도 1547년에 카를5세에게의 연설문구를 '신앙·정의·법에·군주의 명령' 및 '국가를 다스리는 이성'(ragione, con la quale gli Stati son governati e retti)의 의미로 말을 써서 국가이성이라는 용어를 사용했다.

[68] M.Stolleis, a.a.O., S.197.

서울대학교

고 또 그것은 공공선을 위해 활용되어야 한다고 주장하였다.(69) 그러므로 차후 독일에서는 부도덕한 마키아벨리적 국가이성 —— 소위 '나쁜 국가이성'— 과 그리고 신법(ius divinum) 및 자연법에 연관되어 있는 '참되고 좋은 국가이성'과의 구분은 통례적인 것이 되고 마키아벨리적인 국가이성은 정치적인 악마로 규탄받았다.(70)

그런데 신성로마(독일)제국에서 국가이성론의 본래의 쟁점은 국가이성의 실체가 제국 또는 황제인가, 그렇지 않으면 장 보댕이 지적한 바 있는 제국신분세력인가 하는데 있었다.(71) 이러한 논쟁은 바로 신성로마제국의 主權의 主體및 대상의 문제와도 직결되는 문제로서 이 문제는 1806년 신성로마제국이 나폴레옹에 의해 해체될 때까지 제국의 황제파—가톨릭파의 제국公法學者들과 그리고 루터주의나 칼빈주의를 신봉하는 反황제적·反가톨릭적인 제국신분(Reichsstände)파의 공법학자들 간의 첨예한 쟁점이 되었다. 그리고 이러한 첨예한 대립은 영·불·스페인에 비해서 독일제국의 통일된 민족 국가의 수립을 지연시켜 왔다. 국가이성과 주권문제를 둘러싼 신성로마—독일제국내의 양파간의 대결을 Dieter Wyduckel은 '集權的내지 支配的'(herrschaftlich)인 세력 對 分權的 내지 '團體的'(genossenschaflich)인 세력간의 대결로 표시했으며(72) 그리고 신성로마제국의 法制史家들 —— 이를테면 Helmut Co-

(69) A.Clapmarius, Disputatio de iure publico, Atdorf 1602, Th.XLⅢ(M.Stolleis, a.a.O., S.200에서 재인용).

(70) M.Stolleis, a.a.O., S.200; U.Bötticher, Oratio contra Nicolaum Machiavellum Florentinum Pseudopoliticum, Rostock 1606.

(71) M.Stolleis, a.a.O., S.200.

(72) 당시에 'herrschaftlich'한 입장을 대변한 사람들은 Arnisaeus, Dietrich Reinking, Hermann Conring, Lipsius 그리고 Jakob Thomasius(1622~1684) 등이었고 'genossenschaftlich'한 입장을 견지한 사람은 Johannes Althusius, Arumaus(1579~1637), Limnaeus 그리고 Bogislaus Philip von Chemnitz(1606~1678) 등이었다. Vgl. Dieter Wyduckel, Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur Frühmodernen Rechts-und Staatslehre(Sch-

ing, Bruno Gebhardt, Hans Maier, Gerhard Oestreich, Rudolf Hoke, Ulrich Scheuner, Hanns Gross, H.U.Scupin등 — 은 신성로마제국의 憲政 또는 政體(Verfassung)의 현실을 교황↔황제, 황제↔제국신분 세력(領邦高權(Landeshoheit), 그리고 영방군주↔영방身分 세력 등의 二元主義(Dualismus)로 설명하였다.[73]

(2) 主權論의 대두

국가(État, State)가 군주의 世襲家産(patrimony)으로 여겨지든 또는 군주의 人格속에 통합되어 있는 것으로 여겨지든지 간에 국가내에는 최고의 국가통치권력인 主權이 존재하고 있다는 주장은 佛의 'politiques'의[74] 일원이었던 Jean Bodin(1520~1595)에 의해서 최초로 이뤄졌다. 그는 국가의 最高權인 주권은 市民과 臣民을 초월한 최고권이며 法의 拘束을 받지 않는다.(summa in cives ac subditos legisbusque soluta potestas)[75] 라고 그의 「국가론」(De Republica libri sex)(1576:1594)에서 피력하였다.

---

riften zur Verfassungsgeschichte, Band 30)(Berlin:Duncker & Humblot, 1979), S.11-34; Heinrich Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte(München: C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung,1974),S.41.

(73) 이러한 二元主義的 해석은 Gierke에 의해서 일반화되었다. 그러나 Below는 신분국가의 Verfassung의 특징을 두 개의 상이한 法主體(Rechtssubjekte)로, 또 W.Näf는 支配契約 현상으로 해석해 주었다. Vgl.W.Näf, Herrschaftsverträge und Lehre vom Herrschaftsvertrag(Schweizer Beitr. zur allg. Gesch. Bd.7, 1949). 한편 Fritz Hartung은 이러한 신분국가의 二元性을 일반화 할 수는 없다고 사례를 들어 반박하였다. Vgl.Fritz Hartung, Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15. Jahrhundert bis zur Gegenwart(Stuttgart:K.F.Koehler Verlag, 1950,1969),S.89-90.

(74) Schnur, 'Die französischen Juristen im Konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts', in: Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1962, S.184-187.

(75) Bodin, De Republica libri sex, ed. Francofurti 1594, lib.I, cap.8, S.123. 그런데 1576년에 佛語로 출간된 최초의 판에서 주권이 '절대적 힘'(puissance absolue)으로

서울대학교

보당 당시의 16세기의 프랑스의 의사적·정치적 상황은 14세기 중엽의 국왕 Philip Ⅳ(재위 1285~1314)이후로 부터 강화되어 왔던 集權化의 경향이 신앙상의 內亂—특히 프랑스의 칼빈니스트인 Huguenot세력이 君主放伐論(monarchomachism)[76] 내지 反君主權論과 종교적 자유획득의 명분으로 1562년에서 1598년에 이르는 36년간에 9차에 걸쳐 일으킨 종교적 내란—으로 지체되고 군주권이 붕괴도전에 직면하여 정치적 안정이 크게 저해될 무렵이있다. 말하자면 보당의 국가론의 주요 부분으로 제기되었던 주권론은 당대 프랑스 군주정내에서의 신앙상의 반항과 내란에 대한 최초의 단계적인 법률적 응답이었다.[77]

이러한 보당의 주권론의 요소들은 이미 중세말의 로마법학자(Legistik)와 교회법학자(Kanonistik)들이 거론했던 황제나 교황의 全權(plena potestas) 또는 絶對權力(absoluta potestas)의 개념과 스콜라학파의 法哲學과 國家哲學에서 세속지배권력을 神의 全能(omnipotentia dei)에 비유한 데에서 감지할 수 있다.[78] 그러나 그가 국가내에 최고 국가통치권력인 主權이 존재한다고 한 점과 이 최고권은 군주의 통치가 존속하는 한 군주권으로 구현된다는 점과 그리고 무엇보다도 주권은 立法權(potest legem condendi: Gesetzgebungsrecht)을 가장 핵심적 권한으로 삼고 있다[79]는 주장은 근대국가가 主權國家요 또 立法的 기능을 국가의

표현되었다. Vgl. Lex six livres de la republique, I, 8, S.122(ed.paris 1583, Aalen 1961).

[76] Georg Jellinek und Georg Meyer(Hg .), Staats-und völkerrechtliche Abhandlungen. I.1: Die Monarchomachen(Leipzig: Duncker & Humblot, 1895), S.57-72.

[77] Green Leaf, 'Bodin and the Idea of Order', in: Horst Denzer(Hg.), Jean Bodin, Verhandlungen der internat. Bodin-Tagung in München 1973,S. 23-28.

[78] Giesey, 'Medieval Jurisprudence in Bodin's Concept of Souvereignty', in: Denzer(Hg.), Jean Bodin, S.167-186.

[79] 보당은 주권의 내용으로 입법권 이외에 宣戰布告의 講和權, 관리任免權, 최종 裁判權, 恩赦권, 忠誠 및 服從要求權, 貨幣鑄造 및 度量衡 制定權 그리고 課稅權 등을 열거하였다.

중요기능으로 하고 있다는 점을 부각시켜 줌으로써 국가론에 일대 발전을 가져왔다.(80) 그러나 Bodin은 주권(sovereignty) —— 보댕은 주권을 佛語로는 souveraineté로, 그리고 라틴어로는 maiestas로 표기했다 —— 을 통치자의 주권(ruler's sovereignty)이라는 관점에서만 생각했지 국가의 주권(state sovereignty)으로는 생각하지 않았다.(81)

그도 주권(maiestas)의 主體가 반드시 단일 지배자나 군주에 한정될 필요가 없고 貴族制나 民主制와 같은 集團的 制度도 될 수 있음을 인정하기는 했다. 그러나 그는 주권이 실제로는 오직 단일한 개인의 지배속에서 진실로 실현될 수 있다고 확신했던 것처럼 보인다.(82)

보당의 定義에 의하면 'maiestas'는 神의 특별한 행위에 의해 만들어진 것이 아니고 사물의 本性 그 자체와 인간의 협력을 위한 필요에서 생성되었다고 하였다.(83) 따라서 주권은 派生된(derivative) 권리가 아닌 本源的인(original) 권리로서 그 무엇 또는 그 누구에 의해서 제한될 수 없는 것이고 또 그것은 단순한 行政的 機能으로 전락되어 버린 권력도 아니라고 하였다.(84)

그리고 그는 'maiestas'의 보유자는 實定法, 곧 법률들 —— 이는 단지 'maiestas' 保持者의 명령에 불과한 것이지만(85) —— 의 제정자(입법자)(Gesetzgeber)라고 하였다. 그러나 보당은 maiestas에 제한을 가했다. 곧 그는 당대의 거

---

(80) J.W.Allen, A History of Political Thought In the Sixteenth Century (London:Methuen & Co. LTD., 1928), p.423.

(81) Myron Piper Gilmore, Argument from Roman Law in Political Thought 1200~1600(New York, 1941(1967)), p.96.

(82) Rudolf Hoke, Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus(Aalen, 1968), S.60~61; Hanns Gross, op.cit., pp.1-2.

(83) Ibid., p.2; Peter Jochen Winters, Die "Politik" des Johannes Althusius und ihre zeitgenössischen Quellen:Zur Grundlegung der politischen Wissenschaft im 16. und im beginnenden 17. Jahrhundert(Freiburg im Breisgau,1963), S.121.

(84) Bodin, République, bk.1, cap.8, p.122; cap.10, p.215; Hanns Gross, op.cit., p.2.

(85) Bodin, op.cit., bk.1, cap.8, p.155.

의 대부분의 정치적 저술가들처럼 통치자가 神法과 自然法에 의해 拘束받는다는 전통적인 사상을 거부하지는 않았다.[86] 실제로 그 어떤 저술가도 감히 그러한 제약을 벗어나야 한다고 주장하지는 못하였던 것이다.

한편 그는 가족과 재산, 그리고 정치권력이 정치적 내지 사회적 구조를 형성하는 요소이기 때문에 그 어떤 군주도 臣民의 재산을 恣意的으로 강탈할 수 없으며 반드시 전체 身分會의 同意를 얻어 행해야 한다고 주장하였다.[87] 군주는 또한 그 자신의 臣民들이나 외국인들과 맺은 契約에 의해 구속을 받는다고 하였다.[88] 뿐만 아니라 국가의 基本法인 'leges imperii'[89]도 군주권력에 대한 제한으로 작용한다고 하였다.[90]

보당은 이 기본법을 王權이 준수해야 될 法으로 간주하였다. 그러나 그는 이 기본법이 maiestas를 침해하는 것이 아니라 오히려 maiestas가 구현해야 할 실제적인 내용을 천명하면서 maiestas를 保全해 주고 있다고 주장하였다.[91]

政體論에 있어서는 Bodin은 오직 Aristoteles에 의해 개진되었던 군주정, 귀족정, 그리고 민주정의 3형태만을 받아드렸다. 보당은 Cicero가 「法論」(De Legibus 24)에서 내세운 국가의 混合型을 거부했다.[92] 왜냐하면 이러한 混合制型의 국가는 3가지 아리스토텔레스형태의 여러 政體형태로 이뤄져야 했기 때문이다. 그러나 主權은 기본적으로 최고지배자ㅡ그 지배자가 한사람이든 또는 여러사람이든지 간에ㅡ가 보유하고 있어야 하는 것이기 때문에 보당의 견해에 의하면 그것은 그 어떤 다른

---

(86) Bodin, op.cit., bk.1, cap.8, p.155.

(87) Ibid.

(88) Ibid.

(89) 이 법은 16세기 프랑스에서 최초로 국가의 정치적 결정에 참여하기 바라는 身分세력들의 代表(聖職者, 貴族, 市民)에 의해서 구현되었다.

(90) Bodin, op.cit., bk.1, cap.8, p.155.

(91) Rudolf von Albertini, Das politische Denken in Frankreich zur Zeit Richelieus(Marburg, 1951), S.58~63; Hanns Gross, op.cit., p.3.

(92) Ibid.

서울대학교

사람들과 나뉘가질 수 없는 것이었다.(93)

Bodin은 주권의 統一性을 유지하기 위하여 국가 통치구조내의 여러 요소들을 統合하려고 노력하면서 이와 동시에 主權의 所在 또는 국가의 실체적 형태(reipublicae status or forma)와 主權의 行使(執行) 또는 管理方式(administratio, ratio gubernandi, or imperandiratio)과를 구분하였다. 따라서 그는 maiestas를 不可分한(indivisible)상태로 유지하면서도 administratio(行政)은 이에 참여하는 요소들을 변화시킴에 의해 다른 방식으로 운용될 수 있다고 하였다.(94) 또한 maiestas의 보유자로부터 統治를 위한 行政임무를 부여받고 그 소임을 다해야 하는자를 magistrates(政務官)라고 정의내린 그는 이들이 한정된 기한동안만 특수권력과 기능을 군주로부터 委任받았기 때문에 군주와는 본질적으로 다른 사람들이라고 규정하였다.(95) 그래서 정무관은 단지 군주에 속한 최고권력의 일부를 잠정적으로 保管하고 있을 뿐이라고 하였다.(96)

보당은 주권을 보다 쉽게 이해시키기 위해 maiestas가 지닌 機能들 — 이 기능들은 maiestas의 原理(caput)나 權利(ius)라는 말로 표현했다 — 의 특성을 규정하였다.(97)

이러한 주권의 권리(ius maiestatis)들은 주권의 효과적인 소유를 평가하기 위한 보편적인 기준을 제공하였다. 그러나 보당은 주권의 권리를 열거하는데 있어서 일관성을 결여했다. 그래서 1576년의 그의 「方法論」(Methodus)에서는 그것을 넷으로, 그리고 「共和國」에서는 여덟개로 제시했다.(98)

이러한 maiestas의 권리들 중의 첫번째가 立法權이었다.(99)

---

(93) Jean Bodin, Methodus ad facilem historiarum cognitionem, in Methodus historia:Duodecim eiusdem argumentic scriptorum tam veturum quam recentiorem commentariis adaucta(Basel, 1576), cap.6, p.151.

(94) Bodin, Rèpublique, bk.2.cap.2, pp.272~73.

(95) Hanns Gross, op.cit, p.4.

(96) Ibid.

(97) Ibid.

(98) Ibid., pp.4-5.

(99) Bodin, Rèpublique, bk.1, cap.10, pp.222-23.

서울대학교

立法權은 法의 內容을 단지 결정하는 것을 넘어서서 法을 부여하고 執行하는 권한에 적용된다고[100]하였다. 그런데 중세적 개념에서는 裁判(行政)(administration of justice)은 국왕의 제1의 의무였다. 따라서 立法(權)은 司法的 기능의 종속적인 한 부분이었다.[101] 사실상 近代初 프랑스의 憲政史를 고찰해 보면 16세기 프랑스 군주정내의 여러 黨派 세력들은 立法權을 계속 재판 의무에 결부시켜서 입법권을 封建的 權利속에 포함시켜 왔었다.[102] 그러나 새로운 로마法 硏究와 Bartolus와 Baldus의 영향은 프랑스의 절대주의 이론가들에게도 영향을 미쳐서 종래의 司法權과 立法權과의 優劣의 序列을 바꿔놓게 하였다. 이러한 立法特權을 第一의 자리로 올려놓은 법학자가 바로 Jean Bodin이었다.[103]

보당은 이러한 최고의 입법권과 maiestas內의 他 권한과를 대비하면서 立法權은 자체내에 他 권한(권리)들을 포함하고 있는 maiestas(主權)의 象徵이라고 하였다. 그러면서 그는 이전의 최고의 司法權을 第4位의 위치로 물러나게 하였다.[104]

한편 보당은 主權(ius majestatis)의 그 최고의 권한 내지 權利(ius)의 속성의 형성에 대한 역사적 평가를 내려 주었는데 여기서 그는 主權의 屬性은 본래 로마帝政 당시 元首 및 元首政(princeps, principatus)이 지닌 屬性의 요소와 당대 프랑스의 君主政이 귀족들과 교회의 聖職 身分들로부터 爭取한 高權의 요소가 加味된 복합적인 속성을 띠고 있다고 하였다.[105] 그래서 그는 神聖 Rome帝國과 같이 복잡한 구조를 지닌 政體의 평가에 대해서는 애로를 느꼈고 또한 그의 maiestas論이 당대 독일제국에는 일반적으로 적용될 수 없음도 통감했다.[106] 그리고 그는 「國家論」第2卷 第6章에서의 신성로마제국의 헌정질서(

---

(100) Bodin, République, bk.1, cap.10, pp.222-23.

(101) Hanns Gross, op.cit., p.5.

(102) Ibid.

(103) Ibid.

(104) Ibid.

(105) Ibid., p.6.

(106) Ibid.

constitution)에 대한 이사적 통찰에서 당대 독일제국의 國制는 근본적으로 貴族政이라고 결론지었다.[107] 그 이유는 독일은 카롤링시대에는 世襲君主制이었지만 選帝侯들이 그후 점진적으로 皇帝의 主權을 삭감하여 -1356년의 「黃金勅書」(die Goldene Bulle)에 의해 — 궁극적으로는 300이 領邦君主(Fürsten)와 帝國市代表들의 모임인 「帝國議會」(Reichstag)(1426년 최초 개최됨)가 最高權(souveraineté; Hoheit)을 얻어 모든 maiestas의 특성을 행사했기 때문이라고 하였다.[108]

그래서 당대 독일제국은 비록 황제의 直屬領은 실존했지만 — 외형상 單一國家로서 — 實權은 領邦高權과 帝國都市의 特權(privilege)속에 존재해 있었다고 하였다. 이런 까닭에 그는 독일황제는 主權者가 아니고 제국의회가 제국의 maiestas를 소유하고 있다고 하였다.

황제의 역할은 단지 이런 帝國身分세력들(Reichsstände)을 단일한 정치적 단위로 보다 效과적으로 통일시키는 일이라고 하였다.[109] 또한 그는 신성로마제국의 황제의 최고재판권이 1495년의 「帝國宮廷法院」(Reichs kammergericht)수립 이후로는 황제자신으로부터 이곳으로 移管되었고 또한 제국궁정법원의 陪席判事(Assessor)任免權을 쥔 帝國議會 — 전체 제국신분들의 대표가 189명의 명단을 제출하면 이중 16명을 제국의회가 선출했다[110] — 와 帝國宮廷法院도 이러한 최고재판권을 지니게 되었으므로 황제는 명목상의 존재일뿐 제국의 maiestas를 상실하였다고 주장했다.[111]

이와같은 신성로마제국의 國制에 대한 장 보당의 독단적 판단과 독일의 존엄성에 대한 본의아닌 모독은 독일의 법률학자 및 정치이론가들로 하여금 보당에 대한 비난의 화살을 퍼붓게 함과 더불어 신성로마독일제국의 國制의 특성과 基本法(憲法) — 당시 이것은 國家法(Staatsrecht)으로 불리우기도 했다 — 의 내용 및 그것의 역사적 형성내력과 國家學(Staatslehre)등에 관하여 본격적인 연구를 촉구시켰다.[112]

---

(107) Bodin, République, bk.4, cap.6, pp.320-21.

(108) Ibid., cap.6, p.324.

(109) Ibid., p.322.

(110) Hanns Gross, op.cit., p.34.

(111) Ibid., p.6.

(112) Ibid., pp.7-8; Friedrich Hermann Schubert, Die deutschen Reichstage in der Staatslehre der frühen Neuzeit(Göttingen, 1966), S.377.

서울대학교

이러한 연구들에서는 자연 정치학보다는 법률학에 더 관심이 쏠렸고 또 법률학 분야에서는 개인의 利害關係를 주로 다루는 私法(das Privatrecht) 분야 — 所有權, 婚姻, 相續, 遺言, 債權, 契約 등의 분야 — 보다는 公法(das Öffentliche Recht) — 憲法, 行政法, 刑法, 訴訟法, 國際法 등 — 가 더 중요하게 다루어졌다. 그리고 이러한 公法이론은 윤리학과 정치학 이론과 결합하여 國家學(Staatslehre)[113]을 형성해 주었다.

그런데 보당은 주권론에서 주권의 源泉문제 — 예컨대 주권이 국민이나 神으로 부터 유래하였다는 — 는 다루지 않았다. 또 그는 주권은 실정법의 구속을 받지 않는다(maiestas legibus solutus est!)고 주장함으로써 — 곧 王位繼承에 관한 것이나 私有財産 및 領土에 관한 국가의 基本法에는 구속을 받는다고 했음 — 비록 그의 정치사상 속에는 制限 君主政이나 立憲 君主政으로 발전할 수 있는 所以를 지니고 있었음에도 불구하고 그것은 실제로는 絶對 君主政의 옹호에 기여하였다.

(3) 國家契約論

서구 근대 國家性의 대두과정을 단지 군주권을 중심으로 한 集權化와 社會的 紀律化(Soziale Disziplinierung)[114]의 과정만으로는 설명할 수 없을 것이다. 왜냐하면 근대초의 절대왕정의 사회체제내에서 多元的인 身分勢力(전통적인 귀족신분과 성직신분들)과 신흥도시 세력들이 旣得權과 特許權을 행사하고 있었기 때문이다. 따라서 근대초 국가형성의 복잡한 과정은 集權化와 社會的 紀律化의 양상을 그 특징으로 하고 있다고 하더라도 일종의 機能的 分化(funktionale Differenzierung)[115]의 깊고 넓은 과정 — 이 과정속에서 근대초의 사

---

(113) 17세기~18세기의 독일제국에서는 이를 "一般 國家學"(Allgemeinestaatslehre)라고 命名하였다.

(114) Gerhard Oestreich, Strukturprobleme des europäischen Absolutismus(1969), in: ders., Geist und Gestalt des frühmodernen Staats, Berlin 1969, S.179-197(187); Rassem, Bemerkungen zur Sozialdisziplinierung im frühmodernen Staat, in: Zfp 30(1983), S.217-238.

(115) Luhmann, Gesellschaft, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd.1, S. 137-153(139f.)

서울대학교

회가 복잡한 사회적·정치적 제도를 형성하였음 ── 으로 봄이 타당하다.[116]

전술한 기능적 분화의 대과정속에서 身分들(die Stände)도 관련되어 있다는 사실은 憲政史연구에서 오랜동안 충분히 고찰되질 않았다.[117] 곧 헌정사가들은 오랫동안 이 신분세력들을 국가형성에 직접 도움이 못된 매우 반항적이고 자신의 아익에만 몰두하는 저해세력으로 여겼었다.[118] 예컨대 H.O.Meisner는 16세기 이후의 君主政的·身分制的 二元主義 속에서 신분세력들에 의한 '국가의 분열'내지 '국가권력의 兩分'(eine Halbierung der Staatsgewalt)현상을 볼 수 있다고 주장하였다[119] 그러나 그 동안 새로운 身分硏究가 낡은 해석을 크게 수정해서 다음과 같은 견해가 우세하게 되었다. 곧 비록 전반적으로 그 정도가 동일한 것은 아니었지만 身分的·地方的·그리고 特殊한 세력들은 근대초 국가형성에서 一翼을 담당했을 뿐만 아니라 이 포괄적인 과정의 동반자였다고 주장되었다.[120] 그리하여 신분대표들은 근대초 국가의 중요 중간기관(Zwischeninstanz)으로 기능했었을 뿐만 아니라 장기적인 관점에서 보았을 시에는 근대의회 대표제의 직접적인 선구자로 여겨지게 되었다.[121]

신분들 이외에도 도시(Städte)들에게도 근대초 국가형성과정에 있어서

---

(116) 이러한 견해를 개진한 학자들로는 영국의 Laski와 미국의 Gianfranco Poggi 및 독일의 Gerhard Oestreich, Rassem, Luhmann, Ulrich Lange, Otto von Gierke, Dieter Wyduckel과 C.-Menger 등이 있다.

(117) D. Wyduckel, Ius Publicum, S.125.

(118) ebenda.

(119) Spangenberg, Landesherrliche Verwaltung, Feudalismus und Ständetum in den deutschen Territorien des 13-15. Jahrhunderts, in:HZ103(1909), S. 473-526.

(120) Oestreich, Ständetum und Staatsbildung in Deutschland(1967), in:ders., Geist und Gestalt des frühmodernen Staates, S.277-289.

(121) Ulrich Lange, Der ständestaatliche Dualismus. Bemerkungen zu einem Problem der deutschen Verfassungsgeschichte, in:Blätter für deutsche Landesgeschichte (BDLG) 117(1981), S.311-334.

중요역할이 인정되었다. 왜냐하면 도시에서 최초로 민주주의적 및 의회주의적으로 구성된 국가공동체의 구조상의 선구를 이뤄 준 초기 부르조아적 지배질서의 모든 萌芽들이 구현되었기 때문이었다.[122]

이처럼 근대초 국가형성의 身分的 樣相은 보당의 主權개념에 의해서만은 이해하기가 어렵다는 점이 여실하게 드러났다. 따라서 근대초의 國家性의 대두와 법에 관한 고찰에서 국가적 지배의 論據(Begründung)와 正當化(Legitimation)에 관한 새로운 접근방법이 요청되었는데 그것이 이른바 국가권력의 合意的 基礎 내지 契約的 土臺에 대한 인식이다.[123] 이와 같은 近代初 국가와 법의 合意的 내지 契約的 토대에 관한 인식과 그 주장의 기원은 고대 그리이스의 소피스트들의 법철학과 국가철학[124]에 까지 거슬러 올라가며 고대 로마제국의 元首政(Principatus) 당시의 Cicero의 정신적·철학적 중재에 의해 그 합의적 토대가 법률적 형태를 지니게 되었다.[125] 또 이러한 인식은 고대로마 王政시에 제정되었다고 전해져 내려오고 있는 王法(또는 황제법)(Lex regia)의 표현속에서도 발견되었다. 곧 Lex regia에 의하면 본래 로마인민들에게 놓여 있었던 지배권력은 법률행위(Rechtsaktes)에 의해서 군주에게 양도되었고 따라서 군주에게는 단지 위임된 지배권만이 부여되었을 뿐이라는 것이다.[126]

中世의 盛期와 末期에도 이와 같은 法과 支配權의 契約的 토대에

---

(122) Otto von Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, S. 300ff; Wyduckel, a.a.O., S. 125.

(123) Wyduckel, a.a.O., S. 126.

(124) 소피스트들의 合意와 契約에 기초한 국가형성이론을 참조하려면, d'Agostini, Il pensiero giurdico nella sofistica, in: RIFDCRivista internazionale di filosofia del diritto 52 (1975), S. 193-216; 547-573.

(125) Cancelli, ,,Juris consensu "nella definizione ciceroniana di, Res Publica', in: Studi in memoria di Guido Donatuti, Milano 1973, Vol. 1, S. 211-235(234f.).

(126) Digest, 1, 4, 1; Karl Loewenstein, The Governance of Rome, The Hague 1973, S. 271 ff.

서울대학교

관한 개념은 로마법부흥의 테두리 내에서 수용되어 계속 발전하였다.[127] 이를 테면 敍任權鬪爭(Investiturstreit)시에 교황파의 일원이었던 11세기말의 Manegold von Lautenbach는 "국왕은 契約(pactum)에 의해 임명되고 따라서 국왕의 지배권은 인민에게 환원될 수 있다"라고 말하였다. 한편 중세말의 로마법학자(Legisten)들은 그들의 법률이론에서 표명된 계약에 의한 지배권의 성립사상을 Lex regia의 合意制적 해석[128]에 의존하였다. Bartolus는 '국가는 그 자신에게 있어서 군주이다'. (civitas sibi princeps)라고 말함으로써 모든 지배권은 잠시 기한부의 委任(regimen per tempus)이요, 인민을 위한 정부(regimen ad populum)라는 개념을 분명히 해 주었다.[129]

또한 13세기 동안에 서서히 침투된 아리스토텔레스의 개념에 의해서 기독교국가 이외에도 군주에게 恣意的 권력(secundum arbitrium)이 아닌 시민의 법에 의해서 제한된 支配權(secundum leges quas cives instituerunt)이 부여된 '정치적 지배집단'(regimen politicum: politische Herrschaft)이 존립할 수 있음이 인식되었다.[130] 그리하여 Marsilius von Padua는 시민전체나 시민의 다수(civium universitas aut eius pars valencior)가 최고권력을 지니고 군주에게는(pars principans) 단지 행사권(ius exercitionis)만이 주어진 그러한 아리스토텔레스적 '政治的 支配' 形態를 최선의 지배로 여겼다.[131] 그에게는 궁극적으로 臣民의 同意(합의)(subditorum consensus)가 보장되는 그러한 합법적인 국가형태만이 존재하였다. 따라서 Marsilius에게 있어서는 애당초부터 사람들의 자유로운 결합(연합)(congregacio)의 개념속에서 표출된 그러한 계약에 의한 공동체 형성이라는 契約主義的 見解(eine vertragsmäßige Auffasung des

---

(127) 군주가 合意에 구속받고 있음을 참조하려면, Fritz Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht, S.129ff., 278ff.

(128) Digest, 1, 2, §3, Nr.2, S.75f.

(129) Bartolus, Tractatus de regimine civitatis, in:ders., Consilia, Quaestiones et Tractatus, S.417-421.

(130) Wyduckel, a.a.O., S.127.

(131) Defensor Pacis I, cap.12, §1ff, S.116ff.

서울대학교

Gemeinwesens)가 정치사상의 根底를 이루고 있었다.[132]

Nikolaus von Kues도 合意(consensus)가 인간질서 전반의 가장 중요한 基本法임을 다음과 같이 표명하였다.

…"만인은 본래 자유롭다. 따라서 만인의 主君(만인이 따라야 할 지도적 원리)은 그것이 成文法속에 존재하든 또는 원리들속에 生動하고 있든지 간에 오직 臣民들의 合意이다…" (Unde cum natura omnes sint liberi, tunc omnis principatus, sive consistat in lege scripta sive viva apud principem……est a sola concordantia et consensu subiectivo)[133]

또한 16세기 종교개혁시에도 국가지배의 계약적 토대는 그 의의를 보존했는데 그러나 그것은 루터교리에서가 아니라 改革派的 — 칼빈주의적 교리(reformiert-calvinistischer Lehre)에서 채용되었다. 곧 개혁 교회파인 칼빈니스트들의 長老敎的 敎會制度의 모델 — 모든 신자들은 다 성직자들이라는 원리에 입각해 있는 — 은 이에 상응한 國家制度를 위한 假說로 활용되었다.[134]

곧 칼빈의 제자인 Theodor Beza는 그의 저서인 「정부관의 권한」(De iure magistratuum) (1574)에서 "모든 지배권은 최고의 지배권을 포함하여 合意에 의해 존엄하게 만들어 준 公權力(publica authoritas)에 기인한다." 라고 하였다.[135] 한편 계약론은 가톨릭적 관점에서도 크게 주장되었다. 곧 스페인의 후기 스콜라학파인 Diego Covarruvias(1512~1577)와 Fernando Vasquez(1512~1564)는 "전체 최고세속권력은 현세공동체에 속하며(penes ipsam Rempublicam est)[136], 군주와 정부는 국민들의 선거

---

[132] ebenda, cap.4, §5, S.42; Wyduckel, S.127.

[133] De concordantia catholica, lib.I, cap.14, Nr.127(ed.Kaffen, S.162).

[134] 이러한 체제는 일찍이 Ernst Troeltsch의 Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, Tübingen 1922, Neudr. Aalen 1961(Zuerst 1912), S.683ff에서 상술되었다. 또한 Joachim Staedtke, Demokratische Traditionen im westlichen Protestantismus(1969), in:ders., Reformation und Zeugnis der Kirche. Gesammelte Studien, hg. von D.Blaufuß, Zürich 1978, S. 281-304.

[135] Wyduckel, a.a.O., S.128-129.

[136] Covarruvias, Practicae quaestiones, in:ders., Opera omnia, t.2, Francofurti a.M. 1608, S.343-540.

나 동의에 의해 임명된다.(electione aut consensu populorum constituatur)[137]고 하였고, 또한 "참되고 합법적인 지배자(meri et legitimi principes)는 전반적으로 자유로운 국민들에 의해서 선출된 자(a populo libero eligentur)"[138]라고 하였다.
칼빈니스트이면서 스페인의 Salamanca학파의 영향을 받은 독일의 Johannes Althusius(1563?~1638) ― 그는 종종 독일에 있어 프랑스의 장 보당과 필적할 수 있는 정치사상가로 알려져 있음 ― 도 1603년에 지은 그의 「政治學體系論」(Politica methodice digesta) (Herborn 1603)에서 종래의 다양한 정치적 노선들을 참조하면서 특히 合意 및 契約의 원리를 世俗的-自然法的 국가이론의 體系속에 통합시켰다.[139]

(4) 自然法思想

近代自然法은 무엇보다도 다음의 두가지 요인으로 以前의 자연법과 구분되었다.
첫째로 자연법이 神學으로부터 독립된 근거를 찾게된 점 ― 이를 社會史的으로 표현한다면 신학자들이 아니라 법률가와 철학자들이 자연법을 취급하게 된 점을 의미한다 ― 과 둘째로 아리스토텔레스적 그리고 目的論的 自然槪念이 근대 자연과학의 機械論的 自然槪念에 의해 대치되었다는 점이다. 이러한 古代的, 中世的 自然法 개념으로 부터 근대적 자연법 개념

---

(137) Ebd., Nr.6, S.349. Vgl.ebd., Nr2, S.347.

(138) Vasquez, Controversiarum illustrium libri tres, Francofurti a.M.1672, lib.I, cap.1, Nr.2, Bl.15V.

(139) Peter J.Winters, Die Politik des Johannes Altusius und ihre zeitgenössischen Quellen, Freiburg/Br.1963; Reibstein, Johannes Altusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca, Karlsruhe 1955; Eikema Hommes, Die Bedeutung der Staats-und Gesellscaftslehre des Johannes Altusius für unsere Zeit, in: Recht und Staat im sozialem Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin, hg. von Achterberg, Krawietz, Wyduckel, Berlin 1983, S.211-232.

서울대학교

으로의 移行은 비록 이미 후기 스콜라학자들에 의해 예비되고 있었으나 Thomas Hobbes에 이르러 완성되었다.[140]

한편 Harry V.Jaffa는 근대이전과 근대이후의 自然法의 차이를 다음과 같이 피력하였다. i) 자연법이 더이상 신학 또는 실정법의 맥락속에서 취급되질 않고 독자적으로 취급된 점과 ii) 자연법이 더욱 더 自然的 公法(natural public law)으로 발전해 간 점—예컨대 Hobbes의 主權論과 Locke의 "대표없이 課稅없다" 주장과 Rousseau의 "일반의지론"이 단지 정치적 이론 뿐만이 아닌 법률적 이론이 된 例와 같은 — 과 ⅲ) 자연법이 "自然狀態", 곧 市民社會 이전의 상태에 있었다는 주장과 ⅳ) 자연법이 人權(the right of man)으로 대체된 점, 그리고 ⅴ) 자연법이 기존질서와 公權力을 옹호하는 보수적 성격에서 기존체제를 개혁 내지 전복하려는 혁명적 성격을 띠게 된 점 등이다.[141]

그런데 Michael Stolleis는 이러한 유럽의 근대 자연법사상이 출현하게 된 배경을 다음과 같이 세가지로 집약하였다. i) 17세기는 근대 자연과학의 수립기로서 <기하학적 방법>(mos geometricus)이 사회과학 전반에 확대되는 경향을 보임으로써 인식론과 사회문제 해결에 있어서도 이러한 수학적 방법을 적용하려는 움직임이 크게 확산되었다. 예컨대 Gassendi, Pascal, Hobbes, Descartes, Weigel, Leibniz 그리고 Wolff 등이 바로 그러한 방법론을 확산시키는데 결정적으로 기여한 인물들이라고 하였다.[142] ii) 16~17세기에 西歐가 宗派政治(konfessionelle Politik)의 회오리에 휘말리게 됨으로써 자연 만인이 받아드릴 수 있고 또 구속력을 지니는 그러한 中立的 법토대(neutralen Rechtsboden)를 추구하게 되었다.[143] 그래서 이미 1555년의 「아우구스부르그 和議」에 의

(140) Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Historisches Wörterbuch Der philosophie, Band 6:Mo-O(Stuttgart:Schwabe & Co AG.Verlag, 1984), S.582.

(141) 한편 d'Entreves는 근대 자연법사상의 특징은 합리주의, 개인주의 그리고 급진주의 라고 하였다. cf.A.P.d'Entreves, Natural Law(London, 1951), ch.3; David L.Sills(ed.), International Encyclopedia of the Social Sciences, Volume 11(The Macmillan Company & The Free Press, 1974), p.84.

(142) Michael Stolleis, Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, S.22.

(143) ebenda.

서울대학교

해 신성로마-독일제국에서는 新·舊 兩기독교 세력이 그 필요성을 절박하게 느껴서 중립적인 제국헌법을 만들었고(144) 종교동란을 심하게 겪은 프랑스와 영국에서도 Bodin과 Hobbes에 의해 기독교도들과 異敎徒 및 모든 민족과 종파들에게 통용될 수 있는 《인간의 本性(自然)에 맞는 理性的인 원리》에 입각한 法, 곧 自然法 重視사상이 크게 대두하였다.(145) 이러한 중립적인 법토대로서 자연법론은 그후 Grotius, Pufendorf, Thomasius, Leibniz, 그리고 Wolff에 의해 계승되어 왔다. 그런데 자연법은 모든 곳에서 통용력을 지니게 되었기 때문에 그것은 곧 諸民族의 관계에 있어서도 효력을 미치게 되었다. 그러므로 자연법은 곧 국제법(Natur-und Völkerrecht)이라는 定式이 성립하였고 그리고 17세기 유럽의 최대의 업적은 국제법의 容認이라는 점이 널리 인식되었다.(146) iii)철학적 경험주의와 합리주의가 법률학에 가한 압력과 그리고 또 한편으로 종교동란으로 기진맥진 해진 종파세력들이 온갖 투쟁을 초월하여 통용력을 지니는 법을 절박하게 요구한 상황은 共히 自然法사상의 출현을 조장하였다. 그런데 이처럼 자연법의 脫神學化 내지 세속화의 과정은 16세기 동안에는 프로테스탄트 진영, 특히 칼빈개혁파 진영에서는 퇴색하는 경향이 보였고 스페인 Salamanca대학에서는 오히려 신학자와 법학자들을 중심으로 세속화된 자연법사상이 크게 진전되었는데 이들 각각의 자연법사상은 알투지우스의 자연법사상에 영향미쳐준 바 큼으로 이에 관한 면밀한 고찰이 요구된다.

(i) John Calvin의 자연법사상

칼빈이 루터보다 자연법해석의 면에서 약간의 진보를 이룩한 점은 그가 국가를 그 본성이 타락되어 파멸할 상태에 이른 인류를 자기파멸로 부터 지킬 수 있는 유일한 구제수단으로 본 점이다.(147) 따라서 칼빈에게 있어서 정부(국가)에 대한 복종은 자연의 최고의 명령이었다.

---

(144) Michael Stolleis, Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, S.22.

(145) ebenda.

(146) ebenda.

(147) John.Calvin, comm. epist. Pauli ad Romanos. corpus Reformatorum 77 (1892), p.250.

그런데 왜 우리는 권위(정부)에 복종해야 하는가? 그것은 神이 원하고 있기 때문이다. 神意는 바로 正義의 最高의 尺度이다. 그러므로 우리는 항시 神이 무엇을 원하던지간에 그것은 神이 원하기 때문에 正義로운 것으로 간주해야 한다.(ut quidquid vult eo ipso quod vult iustum habendum sit)[148] 그런데 칼빈은 루터처럼 인간이성의 타락 (natura deleta)을 논했지만 휴머니즘의 영향을 받아서 인간이성의 기능을 완전히 부인하지는 않았다. 곧 그는 인간은 原罪以後 인간이성의 腐敗로 인간이성이 自然法規(lex naturalis)를 인식할 수도 있고 또 하느님의 법규(lex divina)를 감지하거나 하느님의 인류구원의 計劃을 분별할 수도 없다고 하더라도 현세의 일반적 문제들—예컨대 사회·정치적 안정과 경제적 財富형성 및 法的 統一과 특수한 실정법규의 제정들—에 대해서는 인간이성의 보조적 기능을 인정하였다.[149]

한편 칼빈은 人間理性이 그 부패와 타락으로 인해 자연법규를 인식할 능력이 신뢰할 수 없을 정도로 저락되었다고 해서 자연법 그 자체의 존재마저 不信하거나 否認하지는 않았다. 다만 그는 헬레니스트적·로마적 스토아사상과 결부되어 있는 휴머니스트들처럼 자연법을 우주전체의 *存在秩序* 내지 *存在法規*로서 이해하질 않고 神意에 의해

---

(148) John Calvin, Institutio Christianae religionis. CR30(1864), p.700

(149) ______〃______, Institution de la religion chrétienne, chapitre XVI, "Du Gouvernement Civil," p.115. John Calvin의 「基督敎綱要」에 대한 해명을 참조하기 위해서는 다음을 인용할것. 곧 Arthur Cochrance, "Natural Law in Calvin," in Elwyn Smith, ed., Church, State Relations in Ecumenical Perspective(Pittsburgh, 1966), pp.176-217과 그리고 David Little, "Calvin and the Prospects for a Christian Theory of Natural Law," in Gene Outka and Paul Ramsey, eds., Norm and Context in Christian Ethics(New York,1968), ch.6. 또 한편으로 루터와 칼빈의 자연법사상을 비교하려면 다음을 참조할 것 : J.T.McNeill, "Natural Law in the Thought of Luther," Church History.Vol.X(1941), pp.211-27. ;Erik Wolf, 'Theologie und Sozialordnung bei Calvin', in:Archiv für Reformationsgeschichte 42(1951) Heft 1/2, S.31. ; A.Grobmann, 'Das Naturrecht bei Luther und Calvin.' Diss.Köln 1935. ; K.Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht(Breslau, 1916), Part II, S.185-195.

서울대학교

정해진 인간적-역사적 존재질서(존재법규)로서 그리고 하나의 當爲法規(Sollensordnung)로서 이해하였다.[150] 따라서 칼빈의 자연법은 神意에 의해 정해진 당위법규, 곧 神法과 동일하였다.[151] 그는 이 자연법속에서 엄격한 법을 완화시키는 衡平(Billigkeit)의 眞髓를 발견했고 또 신학자의 한 사람으로서 이 자연법을 십계명과 그밖의 성경의 지시들 속에서 발견하였다.[152]

이때 칼빈은 衡平法(ius aequum)으로서의 자연법 上의 형평(또는 正義)의 원리를 엄정한 實定法(ius strictum)에 대립시키지는 않았다.[153] "正義와 衡平"(Iustum et aequum), "法과 衡平"(droiture et èquitè)은 그에게 있어서 일부는 法源을 위한 法律的-정치적표시로 이용되기도, 또 일부는 단지 法的信念(rechtliche Gesinnung)을 위한 형식상의 轉換으로 사용되었다. 즉 그것들은 法感情, 곧 主觀的인 合法性(die subjektive Rechtlichkeit)을 나타내었다.[154]

한편 칼빈에게 있어서는 루터보다 神法(ius divinum)사상이 강하게 나타났다. 그것은 다음과 같이 3가지 源泉에서 나타났다. 첫째는 칼빈이 보다 法律的으로 해석했던 그리스도법(Lex Christi)槪念이다. 즉 이것은 그리스도는 새로운 입법가(novus legislator)라기 보다는 "舊約法(律法)의 참된 해석자"라고 칼빈이 법률적으로 해석한 그 법을 말하며 둘째는 십계명(Dekalog)이다. 칼빈에게는 이 십계명은 루터에서 처럼 "공통의 자연인식"(communis sensus naturae), 또는 "자연의 샘으로부터 흘러나온"(fluit ab ipso naturae fonte) 것으로 인식되기도 했지만 神이 정해준 強制規範으로서의 가치를 지니고 있었다.[155]

칼빈은 이러한 神法과 동일한 自然法의 인식능력은 모든 사람에게 동등하게 부여되어 있지는 않다고 하였다. 그러한 인식능력은 그리이스

---

(150) Emil Brunner, Natur und Gnade, 2.Aufl.1935, S.35.

(151) Erik Wolf, Große Rechtsdenker, 2 Aufl.1944, S.172.

(152) ___〃___, 'Theologie und Sozialordnung bei Calvin,' in:Archiv für Reformationsgeschichte 42(1951) Heft 1/2, S.23.

(153) Josef Bohatec, Calvin und das Recht, 1934, S.43.

(154) A.a.O.

(155) Erik Wolf, a.a.O., S.24.

서울대학교

철학자들과 입법가(예컨데 Solon, Platon) 그리고 고대 로마의 법률가들과 같은 위대한 인간적 모범자와 법사상가와 영웅들에게 부여되어 있다고 하였다.[156] 또 한편으로 칼빈은 「기독교 강요」, Opp.52, 667에서 자연법상에 입각한 국가와 정부의 주요임무를 다음과 같이 피력하였다.…… "국가의 권력보유자는 아래와 같은 3가지 善을 자연법상의 의무로서 실행하도록 힘써야 한다. 즉, i)국가권력을 지닌자들은 평화스런 삶(tranquilla vita)과 和平한 共同體—이것에 의해 국가가 국민각자의 權利를 보호하고 또 人民 全體의 利益과 효용을 위해 노력하게 되는—를 유지해야 하며, ii)또 국가는 平和, 法, 福祉 이외에도 公衆道德의 보호(cura publicae honestatis)와 美風良俗의 보호(gute Ehrbarkeit)의 의무를 지니며 iii)끝으로 "경건심의 보존"(pietatis conservatio), 곧 순수한 교리유지와 교회질서의 監督을 통한 기독교적 신앙공동체의 보존 의무를 진다"…라고 하였다.[157] 그러므로 칼빈에게 있어서는 권력(Obrigkeit)은 법에 대한 봉사에 있었다.[158] 그리하여 Hobbes의 다음과 같은 주장, 곧 "德이 法을 만드는 것이 아니라 권위가 법을 만든다"(Auctoritas, non, veritas, facit legem)라는 毒素的 요소를 지닌 命題는 칼빈의 법이론과 국가이론속에서 단호하게 배격될 소지를 지니고 있었다. 그러나 칼빈은 권위의 개념을 결코 神의 律法 —이 율법의 구속력 있는 해설자는 그리스도라고 주장했다—이외의 다른 그 무엇으로는 생각하질 않았다. 그러므로 칼빈의 사상은 일종의 참된 法治國家의 수립을 지향하였다.[159]

칼빈의 참된 법치국가(Rechtsstaat)는 처음에는 그에게 공식적으로 유효한 法을 준수하는 立法國家(Gesetzesstaat)로 인식되었으나 그러나 차후에는 이것을 넘어서서 사회생활의 自然法的 基本秩序에 따라 사는 국

---

(156) John Calvin, Institutio Christianae religionis, Opp.2, 1116.

(157) Erik Wolf, a.a.O., S.25.

(158) A.a.O., S.25-26.

(159) A.a.O., S.26. 이러한 국가관에서 칼빈과 루터는 현저한 대조를 이룬다. 루터는 국가나 정부를 "劍의 權力"(Schwertmacht)이요 "神의 廷吏"(Buttel Gottes)로서 罪人들에 대한 강제수단으로 보았는데 비해서 칼빈은 神의 계획도구로서 세운 基督敎國家(christiana politia)를 경건한 사람들의 도덕적 시험장소로 인식했다.

서울대학교

가(einen gemäß der naturrechtlichen Grundordnung des Soziallebens lebensden Staat)로 인식되었다.(160) 이러한 자연법적 기본질서에 입각한 국가는 生命權(목숨), 自由, 所有權(財産), 占有權 등을 자연법상의 인간의 기본권으로 발전시켰다(Opp.24, 662.)고 하였다.(161)

그런데 칼빈은 불법한 정부(公權)가 신법(=자연법)의 명령을 거역하거나 또는 신법의 禁令을 준수하지 않을 경우에는 루터와는 달리 公權에 대한 抵抗權을 인정하였다. 그러나 그 抵抗權은 각 개인이나 또는 그러한 의도를 지닌 多衆에게 있질 않고 인민의 대표자로 선출된 명사들과 政務官들(magistrati)에게 주어진다고 하였고 그것도 그들에게 그러한 司法權(Rechtspflege)이 위임된 경우에 限한다고 하였다(Opp. 29, 552).(162) 때문에 기독교적 생활질서를 유지하고 있는 公權에 대한 반란은 자연의 질서를 교란하는(abolir l'ordre de la nature)짓이며(Opp. 29, 549) 그러한 교란자들은 神과 自然의 敵과 같다(Opp.26, 320)라고 하였다.(163) 이와 같은 칼빈의 자연법사상과 법치국가론 및 저항권론은 16~17세기의 독일의 로마법 및 교회법학자인 Johannes Althusius의 국가론과 법이론형성에 커다란 영향을 미쳤다.

(ii) 스페인의 Salamanca학파의 자연법사상

16~17세기 자연법사상의 본거지는 후기스콜라학파의 요람인 스페인의 Salamanca대학이었다.(164) 16세기의 스페인은 아메리카대륙의 발견과 정

(160) A.a.O., S.27.

(161) J.Bohatec, Calvins Lehre von Staat und Kirche mit besondere Berucksichtigung des Organnismus Gedankens(Breslau:M & H.Marcus,1937), S. 10ff.

(162) Instututio Christianae religionis, Opp.29, 552.

(163) Erik Wolf, a.a.O., S.26.

(164) Ernst Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre(Karlsruhe: C.F.Müller, 1955), S.17-53.

복으로 당대 최대의 세계제국을 건설하였는데 그래서 스페인은 밖으로는 아메리카식민지의 미개한 인디안들을 기독교로 敎化시켜야 할 과제를 안게 되었고[165] 안으로는 스페인제국내의 인부와 他유럽국가들에서 일고 있는 합리주의와 세속주의 및 복음주의에 토대를 둔 종교개혁운동에 대항하여 이른바 '反종교개혁'(Counter-Reformation)운동[166]을 전개하는 과업을 떠맡게 되었다.

당시 Thomism 연구의 중심지였던 스페인의 Salamanca대학의 신학자들 — Vitoria, Soto, Suárez 등[167] — 은 사도 바울이 異邦人들을 기독교로 改宗시키고자 할 때 이방인들의 마음속에 천부적으로 심어준 — 자연적으로 주어진 — 하느님의 마음씨에 主眼하였듯이 인디안들의 改宗시에도 하느님의 피조물(模像, imago dei)인 인디안들의 마음속에 천부적으로 심어져 있는 순수하고 고결한 마음씨에 호소하고자 했다. 바로 이 Salamanca대학의 신학교수들이 주목했던 하느님으로 부터 모든 사람들의 마음씨속에 심어져 있는 그 불변의 보편적인 理性규칙이 자연법이었다.[168] 그래서 16세기 스페인의 Salamanca학파는 루터나 칼빈이 인간이성의 인식능력이 원죄로 인해 완전히 파괴되었다고 하면서 인간본성의 인식능력을 부정하는 것과는 달리 인간본성의 인식능력을 증명했고 또한 법의 자

---

(165) B.Hamilton, Political Thought in Sixteenth-Century Spain(A Study of Political Ideas of Vitoria, De Soto, Suarez, and Molina)(Oxford:At the Clarendon Press, 1963), pp.98-102.

(166) Robert Bireley, Religion and Politics in the Age of the Counterreformation. Emperor Ferdinand II, William Lamormaini, S.J., and the Formation of Imperial Policy(North Carolina:Chapel Hill, 1981), pp.22-43; Henry Kamen, Spain 1469-1714. A Society of Conflict(London and New York:Longman, 1983), pp.185-190.

(167) B.Hamiltion, op.cit., pp.98-109.

(168) Francisco de Vitoria, Commentaries on St.Thomas.vol.Ⅲ, De Justitia, qu.lvii, ait.2, p.7; Domingo de Soto, De Justitia et Iure, vol.vi, treatise v, disputation 57; Francisco Suarez, De Legibus, bk.ii, ch.vii, pars.5와 8; ch.viii, par.7; Luis de Molina, Six Books of Justice and Law(1582) 및 Concordantia(1589).

연법적 연원도 회복시키려고 하였다.[169] 그러므로 그들은 프로테스탄티즘에서 모든 法의 근원을 하느님의 계율 내지 성경에서 추구하는 것에 반대해서 法의 非宗敎化(laicité)를 추구하였다.[170] 이러한 法의 비종교화의 실행, 다시 말해서 법과 하느님을 본격적으로 분리시킨 것은 스페인의 예수회 학자들이었다. Molina는 법은 오로지 사물의 본성(natura rei)에서 이끌어 낼 수 있을 뿐이라고 하였고[171] Gabriel Vasquez와 Bellarminus도 사물의 본성에 법이 포함되어 있다고 주장하였다.[172] 이러한 16세기 스페인 학자들의 주장은 장래 法理性主義의 길을 열어 놓았다. 한편 권력이론에 있어서도 스페인의 Schola학자들은 모든 권력이 신으로 부터 직접 유래한다는 루터와 칼빈의 주장과는 달리 권력은 '人民을 거쳐 신으로 부터 나온다'(a deo per populum), 즉 다시말해서 '모든 권력은 직접 신으로 부터 나오되 간접적으로 인민들을 통해서 나온다' 라고 주장함으로써 장차 사회계약론과 국민주권론의 주장을 예비해 주었다.[173] 이와 같은 살라만카학파의 자연법이론과 권력이론등은 종교적으로는 칼빈신앙을 견지하고 있더라도 휴머니즘과 합리주의의 素養을 지닌 로마법과 교회법학자이며 또한 실무적인 정치가이기도 했던 요하네스 알투지우스의 법이론과 국가론에 대해 적잖은 영향을 미쳐 주었는 데 이에 관해서는 그의 국가론과 법이론의 구체적인 서술시에 규명하려 한다.

---

(169) Vitoria, ebenda; Francisco Suarez, ebenda; Soto, ebenda.

(170) ebenda.

(171) Rapp, Die Bedeutung der Lehre Molinas von der Natura rei, Diss. Freiburg 1963(M.Villey, op.cit., p.346 재인용); Luis de Molina, Six Books of Justice and Law(1582) 참조.

(172) H.Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtichkeit(Berlin:Walter de Gruyter, 1962), p.93.

(173) M.Villey, op.cit., pp.349-350.

서울대학교

2. 신성로마제국의 체제위기와 '政體'(Verfassung)논쟁

(1) 제국체제의 위기

1806년 나폴레옹의 군대에 의해서 신성로마독일제국이 붕괴되기 전까지의 독일제국은 묘한 二元的인 國制(Verfassung)의 양상을 지니고 있었다. 1215~1235년 사이에 Eike von Repgow가 저술한 중세 최초의 독일의 法書인 「작센슈피겔」(Sachsenspiegel)[1]에 의하면 13세기경의 독일의 國制는 두개의 칼(Zwei Schwerter), 즉 세속적 권력의 首長인 황제권(Kaisertum)과 靈神的 권력의 수장인 교황권(Papsttum)의 이원적 지배체제의 양상을 지니고 있었다.[2] 이러한 이원적인 지배체제의 실제는 봉건적 位階질서-소위 教·俗 兩지배층들 상호간의 私法的 내지 公法的인 관계인 主從制度(Vassalität)와 그 하부구조인 莊園制度(Grundherrschaft)와의 有機的 질서-로 운영되어 왔다. 그러나 독일의 황제권은 이미 大空位시대(1254~1273)이후로는 쇠미의 기운을 보였고 1356년의 Karl IV(1346~78)시대에는 독일황제는 제국 최초의 기본법인 「黃金勅書」(die Gol-

---

[1] Helmut Coing, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland (München, Verlag C.H.Beck, 1971), S.17-19. Vgl. Sachsenspiegel, Hrsg. Karl August Eckhardt, 1.Landrecht, 2.Lehnrecht, Göttingen-Berlin-Frankfurt 1955/1956.

[2] 주지하다 싶이 962년에 Otto I세에 의해 '신성로마제국'(Heiliges Römisches Reich)이 수립된 이후 독일제국은 전통적으로 '이탈리아 정책'을 추진하여 황제의 관심은 주로 이탈리아와 교황청에 쏠려 있었고 또 황제는 독일국내에 不在중일 경우도 많아서 독일 국내에서는 자연 유력한 제후세력들에 의한 '割據主義'(Partikularismus)가 만연하게 되었다. 이러한 '할거주의' 내지 '독수주의'는 西歐의 封建制(Lehen(s)wesen)하고는 다소 그 성격을 달리했는데 독일은 이러한 '할거주의'로 인해서 교황↔황제, 황제↔제국신분(영방고권), 영방군주↔영방신분 이라는 二元的 체결 또는 제후체계를 1806년 신성로마제국의 붕괴시까지 끌고 나갔고 그 결과 영·불·스페인에 비해 통일된 민족국가의 수립이 늦게 되었다. 따라서 1866~1871년간의 Bismarck의 鐵血정책(Eisen und Blut)에 의한 普墺·普佛전쟁의 수행은 중세 신분제 국가 시대의 '割據主義'로 인한 뒤쳐진 민족국가 수립을 위한 '後發 民族主義'(Spätnationalismus)의 발로였다. Vgl. Fritz Hartung, a.a.O., S.313-328.

dene Bulle)(3)에 의해서 7人의 選帝侯(Kurfürsten)에 의해서 선발되게 되었다. 이로 인해서 황제의 지위는 로마에서 교황으로 부터 황제의 冠(Krönung)을 수이받는 데서 독립하였지만(4) 독일제국의 선제후세력을 비롯한 신분세력들—선제후가 아닌 다른 제후들과 제국도시세력 및 교회세력들—의 견제를 받게 되었다. 그 결과 독일왕국은 이와 같은 왕권(황제권)의 選擧制的 관행으로 인해서 王權世襲으로 王室領(Krongut)을 기반으로 집권적 국왕권력을 꾸준히 쌓아 왔던 프랑스 왕국과는 달리 帝室領(Reichsgut)의 王家的 권력(왕의 家權力)획득이 저해를 받아 왔다.(5) 그러므로 14세기 중엽 이후로는 신성로마제국의 통치질서는 황제권(Reichsoberhaupt)對 제국의 身分勢力들(Reichsstände)간의 對峙상태하에 놓여 있게

---

(3) Marl Zeumer, Die Goldene Bulle Kaiser Karls IV(Weimar, 1908), chap.25, p.41; Helmut Coing, a.a.O., S.39; Lorenz Weinrich, Quelen zur Verfassungsgeschichte des Römisch-deutschen Reiches im Spätmittelalter(1250~1500)(Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983), S.314-394. 또한 Hanne Hubert Hofmann은 신성로마제국의 기본법을 형성해 준 문헌으로서 上記 「황금칙서」이외에 「웨스트팔리아 和約」과 「선거협정」(Wahlkapitulationen), 그리고 제국관습(Reichsherkommen)등을 들었다. 한편 v.Aretin은 E.Bussi의 Il dritto publico……(1957/59)의 영향에 찬동하면서 18세기 末까지의 독일제국의 기본법의 요소로서 10개를 들었다. 즉, i)황금칙서 ii)Concordata Nationis Germanicae iii)Ewigen Landfrieden iv)die Wormser Reichsmatrikel v)die Reichsexekutionsordnung vi)die Reichskammergerichtsordnungen vii)die Kaiserlichen Wahlkapitulationen viii)der Westfälische Friede IX)die Reichsfriedensverträge, 그리고 X)die Reichsabschiede를 들었다. Vgl. H.H.Hofmann, Quellen zum Verfassungsorganismus des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1495~1815(Darmstadt: WB, 1976), X.

(4) Helmut Coing, a.a.O., S.39. Vgl. Heinrich Mitteis, Die deutsche Königswahl. Ihre Rechtsgrundlagen bis zur Goldenen Bulle(Darmstadt:WB, 1981), S.221-228.

(5) Gerhard Oestreich, IV. Verfassungsgeschichte vom Ende des Mittelalters bis zum Ende des alten Reiches, in: Bruno Gebhardt, Handbuch Der Deutschen Geschichte Bd 2:Von der Reformation bis zum Ende des Absolutismus 16. bis 18. Jahrhundert, S.318.

되었다.[6]

이러한 상황하에서 황제는 1410~1555년간의 일련의 帝國改革 조치들, 이를 테면 1495년의 제국의회(Reichstag)에서 모든 私鬪(Fehde)와 自力救濟(Eigenhilfe)를 금지시킨 것을 결의한 '永久 平和令'(Ewigen Landfrieden)의 公布와 大法院(Kammergericht)의 수립, 제국國稅로서 보통稅(Pfennig)의 징수, 경찰과 治安조치(Handhabung Friedens und Rechtens), 제국정부(Regiment)의 수립 — 이는 Maximilian 황제의 반대로 무산됨 —, 매년 1개월간 제국의회의 개최, 그리고 1500년의 Nürnberg에서의 제국중앙정부의 운영과 6개 管區制(Kreisverfassung)에 의한 제국분할 운영(Franken, Bayern, Schwaben, Oberrhein, Niderrhein-Westfalen 및 Sachsen州), 또한 1512년의 추가적인 관구제 확대(4개)조치 및 1555년의 아우구스부르그 종교화의 등[7]과 로마법 本繼受운동[8]을 통해서 이완된 제국의 통치질서를 바로 잡

---

(6) Helmut Coing, a.a.O., S.56-60. 그런데 제국신분(또는 等族)세력(Reichsstände)에는 선제후(Kurfürsten), 제후(Fürsten), 고위성직자(Prälaten), 백작(Grafen), 제국직속 귀족(Herren), 도시대표(Stadte)등이 있었다. 騎士團(Ritterschaft)은 여기에 포함되지 않았다. Vgl. H.H.Hofman, a.a.O., S.IX, XVIII-XXII.

(7) Heinz Angermeier, Die Reichsreform 1410~1555. Die Staatsproblematik in Deutschland Zwischen Mittelalter und Gegenwart(München: Verlag C.H.Beck, 1984), S.51-330.

(8) 로마법의 본격적인 계수의 결과 1495년 Worms 제국의회에서 로마법을 독일의 봉건법(Lehenrecht)과 지방(領邦)법(Landrecht)의 부족한 法體을 보충하기 위한 독일제국의 일반(또는 보통)법(Gemeinrecht; common law)과 현행법(geltendes Recht)으로 통용하게 되었다.(Vgl. Helmut Coing, a.a.O., S.47-56; Friedrich Hermann Schbert, Die Deutschen Reichstage In der Staatslehre Der Frühen Neuzeit(Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1966), S.18-23, 158-185) 그리고 당시 계수된 로마법의 내용은 후기 주석학파인 Bartolus de Saxoferrato(1314~57)의 로마법 주해내용이었는 데 그의 'universitas"(단체)개념과 "jurisdictio"(재판권·사법권)개념은 당시 신성로마제국의 통치와 신분들간의 관계설정과 그 권한 영역설정에 활용되었다.(cf. Hanns Gross, op.cit., pp.64-66, p.373.) 그러나 여기 에 iurisdictio의 源泉가 군주의 人格속에 있는가? 그렇잖음 그 어떤 영역과 특성속에 놓여 있는가? 라는 문제와 그리고 iurisdictio와 국왕의 봉건법상의 regalia(국왕특권)간의 상호 모호한 관련성의 문제는 16~17세기 독일의 公法學者들간에 많은 논쟁을 야기시켰다.(cf. Hanns Gross, op. cit., pp.64-66.)

고[9] 법통일(Rechtsgemeinschaft)을 기하려고 했지만 14세기 중엽이후부터 그 세력을 크게 강화해 왔던 영방군주들의 **集權的** 권력—일명 **領邦高權**(Landeshoheit) — 의 중대도전을 받아오게 되어 황제는 제국을 근대적 중앙집권국가로 변혁하는 데 실패하였다.[10]

실상가상으로 독일제국은 1517~1648년까지 장기간의 종교분열과 종교동란의 와중에 말려 들면서 중대한 체제붕괴의 위기에 처하게 되었다.[11] 일명 종교개혁이라는 명분하에 초래된 대혼란은 지속적으로 진행

---

(9) 장 보댕의 주권론이 신성로마제국의 '國制'(Verfassung)논쟁을 야기시키기 전에 로마법학자인 Bartolus의 주해에의 에도 신성로마제국 國制이론에 기여해 준 사람은 Wittenberg대학의 마르틴 루터의 동료교수였던 멜랑히톤(Philip (p) Melanchton)이었다. 그는 루터교와 아리스토텔레스 사상을 접목시켜 준 '프로테스탄트 아리스토텔레스주의자'로서 Lothar I세 황제의 전설을 확대·해석하여 로마제국이 신성로마제국에게 양도되었다는 "제국양도"(translatio imperii)설과 "제국이념"(Reichsidee)의 신봉을 고취하였고 이와 더불어 i)신성로마제국은 로마제국 처럼 單一군주정이며 ii) 고대 로마의 황제법(lex caesaris)은 신성로마제국에서도 통용되는 보통법으로서의 효력을 지니며 iii)독일제국의 國制연구와 公法체계 수립을 위해 정치학과 법학의 연구 이외에 유스티니아누스帝~막시밀리안帝 까지의 '역사의 이용'을 권고하여 신성로마제국의 國制·公法이론·연구방법론 상에 크게 기여해 주었다. 그러나 그는 황제와 제국신분들간의 관계를 봉건적 계약관계로 해석함으로써 신흥 영방고권의 정체를 정확하게 규명하지를 못하였다. Vgl. Karl Hartfelder, Philipp Melanchthon als Praeceptor Germaniae(Berlin, 1889), pp.4-16, 28-54; R.W. & A.J.Carlyle, A History of Medieval Political Theory in the West 6(New York: Barnes & Noble, 1953),pp.284-85; Hanns Gros, op.cit., pp. 76-77.

(10) G.Oestreich, a.a.O., S.318.

(11) R.J.W.Evans, The Making of the Habsburg Monarchy 1550~1700. An Interpretation(Oxford: Clarendon Press, 1979),pp.41-116; Richard S. Dunn, The Age of Religious Wars 1559~1689(New York: W.W.Norton & Co. INC., 1970), PP.47-55, 69-78; Hibbert Lectures, The Reformation of the Sixteenth Century in its Relation to Modern Thought and Knowledge(London: Constable And Co. LTD., 1927), PP.76-111.

서울대학교

되지는 않았지만[12] — 1555년의 '아우구스부르그 종교화의'의 이른바 <領邦 종교주의>(Cujus regio, ejus religio)원칙의 재천명으로 루터파 제후세력과 가톨릭파 황제세력간의 종교분열과 투쟁의 열기는 잠시 가라 앉았다 — 이 종교분쟁으로 현실정치의 관점에서 이미 오랫동안 이데올로기화 된 황제가 지배하는 全世界(Erdkreis)라는 "제국이념"[13]은 16세기 동안에 크게 동요되었고 그리고 'dominus mundi'(현세의 지배자)라는 상투어도 17세기 동안에 여전히 통용은 되었으나 더 이상 진지하게 받아드려 지질 않았다.[14] 그리하여 종파적 갈등은 세속 및 성직 제국신분들간의 정치적·경제적 이해관계와 연루되면서 1618~1648년 간에는 30년간의 미증유의 大종교전쟁을 초래하였다.[15] 그러나 30년전쟁의 참화가 발생되기 이전에도 이미 1600년대초 부터 '신성로마 독일민족의 제국'(Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation)은 다음과 같은 이유로 중대한 체제붕괴와 통치행위상의 위기(Herrschafts-

---

(12) 1550년대~1620년대간에 독일의 서북부 지역인 Nassau백, 베스트-팔렌백, 오프리스란트백 등에서는 스위스나 프랑스 및 특히 네덜란드로 부터 칼뱅교가 전파되어 기존의 가톨릭교와 및 루터교파와 새로운 종교투쟁을 전개했는 데 이를 독일의 종교개혁 사가들은 '제2차 종교개혁'으로 부른다. cf.Henry F.Cohn, 'The Territorial Princes in Germany's Second Reformation, 1559~1622', in: International Calvinism 1541~1715. edited by Menna Prestwich(Oxford: Clarendon Press, 1985), pp.135-165.

(13) Erik Wolf, 'Idea und Wirklichkeit des Reiches in deutschen Rechtsdenken des 16. und 17. Jahrhunderts," Reich und Recht in der deutschen Philosophie, ed., Karl Lareng(Stuttgart und Berlin, 1943), 1:80-81; Hans Gross, op.cit., p.103; H.H.Hofmann, Reichsidee(Darmstadt, 1970) 참조.

(14) Bodin, Les Six Livres de la République, Paris 1583, I, 9; Hugo Grotius, De Jure belli ac pacis, Paris 1625, II, 22, 13.(M. Stolleis, a.a.O., S.187에서 재인용)

(15) H.U.Rudolf(Hrsg.), Der Dreißigjährige Krieg: Perspektiven und Strukturen(Darmstadt: Wissenschaftlische Buchgesellschaft, 1977), S.5-30; Geoffrey Parker, The Thirty Year's War(London:Routledge & Kegan Paul, 1984), pp.6-40.

ausübungskrise)에 직면했던 것이다. 즉 i)16-17세기간의 거센 세속화의 물결로 정치적 행위가 종교적 속박으로 부터 벗어 나게되어 이에 따라 지배관행상에 새로운 公法的 대응을 요구하는 구조적 변화가 발생하기 시작했으며[16] ii)人的 또는 私的 結束(Personenverband)을 그 특징으로 하고 있는 중세의 봉건국가(Lehen(s)staat)로 부터 근대의 중앙집권화 된 制度國家(또는 營造國家)(zentralisierten Anstaltsstaat)로의 전환이 1600년경을 중심으로 본격적으로 이뤄졌고[17] iii)전 유럽에 걸쳐서 중세적인 제국과 교회의 통일(Einheit)개념이 붕괴되고 이에 따라 경쟁적이고 적대적인 王朝國家 내지 민족적 개별주권국가(souveräne Einzelstaat)가 15세기중엽~17세기초간에 형성되어 신성로마제국내에서 제국체제와 황제권에 도전할 수 있는 영방고권이 발호할 수 있는 유리한 여건이 조성되었으며[18] iv)끝으로 그 무엇보다도 1555년의 아우구스부르그 종교和議시 부터 1648년의 웨스트팔리아 和約때 까지 제국내의 대영방 간의 첨예한 종교적 대립과 해방노력은 기존의 제국의 政體(Verfassung)를 크게 위협하면서 제국체제를 근본적으로 재편성할 것을 촉구했던 것이다.[19] 이러한 상황에서 가장 심각하게 대두한 제국국법(Reichsstaatsrecht)상의 현안은 신성로마 제국내에서 황제와 제국신분간의 권력분립의 문제였다.[20] 그리고 이러한 권력분립의 문제는 제국에서 주권의 담당자는 누구이며 또한 그 주권의 행사방법(통치방식)은 어떠한가? 라는 신성로마제국의 國體(Staatsform) 및 政體(Verfassung des Staates)문제와 직결되어 있었다.

[16] 제국이념과 제국체제유지의 곤란 및 신분세력들의 독자성의 요구와 영방고권의 확립은 당시 독일 각 대학의 학식 법률가들(gelehrte Juristen)로 하여금 신성로마제국의 私法분야로 부터 公法분야에 대한 연구로 그 관심을 전환케 하였다. Vgl. Rudolf Hoke, Die Emanzipation der deutschen Staatsrechtswissenschaft von der Zivilistik im 17. Jahrhundert, in: Der Staat 15(1976), S.211-218.

[17] M.Stolleis, a.a.O., S.395-396.

[18] ebenda.

[19] ebenda; Helmut Coing, a.a.O., S.39-40; Hanns Gross, op.cit., pp.31-33.

[20] M.Stolleis, Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, S.100-104; Heinz Schilling, Das Reich und die Deutschen. Aufbruch und Krise.Deutschland 1517~1648(Berlin: Siedler Verlag, 1988), S.215-266.

서울대학교

(2) 신성로마제국의 '政體' 논쟁

전술한 바와 같이 신성로마 제국체제의 위기와 황제와 제국신분간의 권력분립을 전제로 한 제국체제의 재편성의 요구는 독일대학에서 자연 제국의 政體문제와 主權(maiestas, Majestas)문제에 초점을 둔 公法연구와 국가법의 연구를 촉진하였다.[21] 뿐만 아니라 1495년에 설치된 제국궁정법원(Reichskammergericht)의 기능이 종교분쟁으로 마비되자 황제의 御前會議的 성격을 띠고 신설된 제국궁정회의(Reichshofrat)에 대해 황제가 제국의 권력구조내에서 제국법정의 司法權의 영역과 그 권능을 재정립한 것을 명령한 것과 그리고 1607년에 루터교회파인 제국市 Donauworth市가 독일제국으로 부터의 追放判決(Reichsacht)에 대한 불복과 그 불만으로 일으킨 폭동사건은 제국신분들에 대한 황제의 司法權문제와 아울러 제국國法에서 황제와 제국신분들의 법적 지위에 관한 문제등의 公法的 논의를 활발하게 진행시켰다.[22]

이와 같은 제국의 政體와 主權문제에 대한 논의는 처음에는 정치철학자 내지 국가철학자들 — 예컨대 Bartholomaeus Keckermann(1517?~1609), Johannes Althusius, 그리고 Henning Arnisaeus(1576/9~1636) — 에 의해 포괄적인 정치학체계론 속에서 주로 다뤄졌다. 그 까닭은 아직 당

---

[21] 16세기말과 17세기초에 공법연구가 본격적으로 論議된 대학과 그 연구자는 1527년 필립과 제후의 영방교회의 권리를 제창하기 위해 수립된 Marburg대학과 이 대학 법학교수인 Hermann Vultejus(1555~1634) — 그는 「司法權의 토론을 위해 개별한 司法權目에 관한 비평」(Commentarius ad Titulos Codicis qui sunt de jurisdictione et foro competenti)(Frankfurt am Mein, 1599)에서 보댕과 유사하게 신성로마제국은 귀족정이라는 해석을 내려 주었고 '제국양도설'(translatio Imperii)은 더 이상 의미를 지니고 있지못하다고 하였다 —였고 또 한편으로는 1607년에 Marburg대학으로 부터 추방된 루터파 신학자들이 황제의 특허장을 얻어 세운 황제지지파 대학인 Gießen대학과 이 대학의 Gottfried Antonius(1571~1618) — 그는 「제국궁정법원의 사법권에 관한 토론」(Disputatio de Camera Imp. jurisdictione)(1607)의 '결론'(Corollaria)에서 황제의 全權(plena potestas)을 재차 주장하여 Vultejus를 맹렬히 비난하였는데 이러한 두 사람간의 사소한 논쟁은 제국의 공법연구를 본격적으로 진행시키는데 기여하였다 —였다. 그리고 Jena대학의 Dominic Arumaeus(1579~1637)은 당대 신성로마제국의 최대의 공법학자로 칭송되었다.

[22] Hanns Gross, op. cit., pp.155-157.

대는 정치학과 법률학의 영역의 한계가 분명하게 정립되질 못했고 또한 법률학의 분야에서도 公法분야가 私法의 우세에 눌려 독립적인 학과로서 확립되어 있질 못하였을 뿐만 아니라[23] 일반적으로 공법은 법률가에게 적합한 주제가 아니고 정치적 연구들을 위한 주제라는 여론이 지배하였기 때문이었다. 그래서 만일에 어떤 법률가가 공법과 국가법에 관한 논의를 시도한다면 그것은 국가와 통치권자인 황제에 대한 외람된 행위로 간주되었고[24] 또한 종종 법의 참된 素材인 사법에 대한 무지를 숨기기 위한 위장으로 여겨졌다.[25] 이 때문에 아리스토텔레스의 정치학에 대한 토론은 빈번히 독일제국의 政體의 설명을 위한 방편이 되기도 했다. 그러므로 16세기말까지는 공법연구는 제방향을 옳게 잡지 못하고 방황하였다. 그래서 독일제국의 國體 및 政體에 관한 공법상의 논의는 이따금 큰 법률문제들의 취급시에 부수적으로만 다뤄졌다. 예컨데 그것은 로마법의 소양을 지닌 학식법률가들의 로마법大全(Corpus Iuris Civilis)에 대한 註解의 과정에서 i) iurisdictio 라는 표제하에서 세속大權(imperium civile)에 관한 토론에서 운위되었거나 또는 ii)公權力(potestas publica)의 주제하에서 취급되었거나 또는 iii)봉건법을 교육하는 과정에서 王의 特權(regalia)이라는 주제하에서 다뤄졌다.[26] 그러나 16세기말 이후로는 공법과 정치학은 상호작용하기 시작했고 제국의 특수한 공법이론분야는 많은 점에서 국가론(Staatslehre) 또는 국가학(Staatswissenschaft)의 일반적 연구영역으로 까지 확대되었다.[27] 그러나 이와는 반대로 헌법이론은 오히려 공법분야로 보다 접근해 갔는데 그 연결점은 주권(maiestas)개념이었다.[28]

---

[23] Rudolf Hoke, Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus, S.18.

[24] M. Solleis, Statsdenker, S.101-102.

[25] R. v. Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft(München und Leipzig, 1880),S.29; 또한 Johannes Limnaeus(1592~1663)도 그의 9권으로 된 「신성로마독일제국의 공법」(Juris publici Imperii Romano-Germanici)(Straßburg, 1629) 제 1권의 序論에서 이런 점을 지적하였다.

[26] R. v. Stinzing, a. a. O., S.666.

[27] Hanns Gross, op.cit., p.136.

[28] Schubert, Deutsche Reichstage, S.271.

당시 신성로마제국의 헌법(Verfassungsrecht)이론상의 쟁점은 이탈리아의 Giovanni Botero가 체계화 한 '국가이성'(ratio status)과 그리고 장 보당이 천명한 主權(souverainité)의 실제 담당자(Träger)나 主體(Subjekt)가 누구인가? 하는 점에 있었는데 당시 그 입장은 종교분쟁의 기회를 이용한 제후세력들(Fürsten)의 領邦高權의 발호와 연루되어 크게 양분되어 있었다. 즉 하나는 황제와 그리고 황제의 정치적 노선을 따르는 소위 황제파·제국파 공법학자들과 정치학자들 — 예컨대 Gottfried Antonius, Henning Arnisaeus, 그리고 Dietrich Reinking(k)(1590~1664) — 의 입장으로서 이들은 보당의 주권론을 원용하여 제국을 황제를 최고 主君으로 한 단일군주정이라고 결론짓고 제국의 국가법체계와 국가론을 그러한 방향으로 정립하려 하였다.[29] 이러한 정치·법노선을 Althusius 협회의 간사인 Dietrich Wyduckel교수는 황제의 '군주지배적'(herrschaftlich)통치방식이라고 일컬었다.[30] 또 하나는 Hermann Vultejus, Andreas von Knichen(1560~1621)[31] 그리고 Johannes Limnaeus(1592~1663)등의 제국신분파 공법학자들의 입장이었는데 이들은 제국의 政體를 귀족정으로 단정짓고 제국신분들의 영방고권을 固定化해서 제국의 주권행사를 황제와 제국신분들간에 二元化해서 행사할 것을 주장—이른바 단체적·신분制적(genossenschaftlich)통치방식—하였다. 이러한 주장은 궁극적으로 Limnaeus의 「신성로마제국 국가법」(Juris Publici Imperii Romano-Germanici libri IX)(Straßberg 1629-1634)체계에서 '실재적 주권'(die reale Majestät)과 그리고 '개인적 주권'(die personale Majestat)론 및 혼합국가이론으로

---

(29) Henning Arnisaeus, De jure majestatis, book I, chap.6, no.11, p.184; Hanns Gross, op.cit., p.130.

(30) Dieter Wyduckel, Princeps Legibus Solutus, S.14.

(31) Knichen은 Heidelberg대학의 법학교수로서 1600년에 제국내에서 영방군주들의 권리를 옹호하기 위해 「영방군주의 고귀한 권리들에 관한 개요」(De sublimi et regio territorii jure synoptica tractatio)를 발간하였다. 여기서 그는 독일제국의 國體(Staatsform)는 군주정이며 따라서 황제에게 부과된 그 어떤 제한들도 'rex'(국왕)으로서의 황제의 존엄성을 훼손할 수는 없다는 명분론을 내세웠지만 실제 그는 다음과 같이 독일제국의 領邦(Land)들의 高權을 은밀히 옹호하였다. 곧 그는 독일제국과 영방들과의 관계는 Otto I 이후의 봉건제 관계의 연계상에 있으며 따라서 영방고권의 본질은 國權(主權)(regalia)이나 특권들의 결집의 특성을 지니며 영방군주들의 高權(superioritas)은 황제의 大權(maiestas)과 대등하다고 주장하였다. cf. Hanns Gross, op.cit., pp.143-144.

서울대학교

정립되어 나타났다.(32) 이러한 二重主權(doppelte Souveränität)론과 혼합정체(status mixtus)론은 Limnaeus에 앞서 Hermann Kirchner(33), Christoph Besold(34), Arumäus의 제자인 Otto Bortius(35)와 Benedict Carpzov(36)에 의해 주장되었는데(37) 이들 Arumäus와 Limnaeus를 위시로 한 제국 신분파 공법학자들은 비록 황제가 실권이 없는 무력한 존재이더라도 여전히 황제가 제국의 高權(Hoheit)을 행사하고 있는 제국의 헌정현실을 인정하여 이와 같은 이중주권론과 혼합국가이론을 주장했던 것이다. 그러나 양측의 주장에는 각기 다음과 같은 문젯점과 不完全性이 내포되어 있었다. 즉 황제파―제국파들의 황제의 군주지배적 통치방식의 고수는 엄연히 현실로 존재하고 있는 제국 신분세력들과 그들의 영방고권을 전혀 도외시하고 있는 비현실적이고 또한 영방고권파의 정면충돌의 위험을 안고 있는 무모성을 지니고 있음에 비해서 또 한편으로 제국신분파들의 제국의 귀족제적 정체론과 혼합국가론 및 이중주권론은 17세기末에 Samuel Pufendorf가 비판한 바와 같이 제국이 300여개의 大小영방으로 난립해 있는 기괴한 國體 및 政體양상을 조장하고 정당화하는 전근대적인 입장을 노정하고 있었다. 이와 같은 16~17세기의 신성로마제국에서의 국가이성과 주권의 주체 및 담당자에 관한 상충된 입장은 정국을 더욱 혼미로 이끌고 갈 뿐이었다. 이러한 상황에서 보다 포괄적인 정치학과 국가론의 체계와 일반국가법체계의 구축을 통해서 한편으로는 신분세력들의 입장을 대변하면서도 거국적으로는 황제를 정점으로 한 신성로마제국의 국가통치질서에 危害를 가함없이 政體를 유지·발전시키려 했던 사람이 Johannes Althusius였다.

알투지우스는 그의 정치학의 제일원리로서 '共生'(symbiosis; συμβίω-σις)의 원리를 내세우고 '共生共同體'(consociatio symbiotica)의 형성을 그의 정치학과 국가론의 목표로 삼았다.

---

(32) M. Stolleis, a.a.O., S.104.

(33) Vgl. Ch.G.Jöcher, Algemeines Gelehrten-Lexikon, I.Teil, Hildesheim 1960, Sp 2103.

(34) R.Stintzing, a.a.O., S.692ff.; Hoke, Reichsstaatsrechtslehre, S.91f.

(35) Vgl. Hoke, a.a.O., S.83ff.

(36) ebenda, S.88f.

(37) M. Stolleis, a.a.O., S.105.

서울대학교

알투지우스는 이러한 共生원리에 입각한 평화스런 共生共同體를 구축함으로써 종교분쟁으로 인해 파괴된 신성로마제국의 삶의 질서를 회복하고 政體危機(Verfassungskrise)를 노정시킨 兩 대립적인 정치적·법률적 노선 — 전술한 'herrschaftlich'노선과 'genossenschaftlich'노선 — 을 조정 내지 조화하려고 하였다. 그는 이러한 共生의 목표를 추구하는 정치학을 '共生學'(ars symbiotica)으로 명명하고 이와 같은 공생의 철학을 1603년에 발행한 그의 『정치학 체계론』(Politica Methodice Di-gesta…)(Herborn)에서 표명하였고—이 책은 그후 그의 Emden市의 법률고문으로서의 제반 정치적·법률적 실무경험을 토대로 하여 1610년과 1614년에 증편·보완되어 발행되었다 — 또한 1617년에는 그러한 공생원리에 입각한 국가법체계를 『법논리학』(Dicaeologicae Lib I,II,III)(Her-bone)으로 발행해 주었다. 그는 Politica에서 신성로마제국의 황제의 maiestas와 영방고권의 superioritas가 공생할 수 있는 정치적 체제로서 聯邦制 내지 聯邦國家(Bundesstaat)체제를 제시하고 이 연방국가의 정치·법이론의 토대로서 契約(pactum)론과 合意制(concordantia)사상을 자연법사상에 입각하여 주장하였다. 이러한 알투지우스의 연방제이론에 대하여 미국의 정치학자 F.S.Carney는 알투지우스의 정치이론의 최대의 업적은 서구 정치사상사上에서 최초로 연방제이론을 정립해 준 점이라고 평가해 주었다.(38) 알투지우스는 또한 주권의 담당자는 공생공동체 또는 국민전체라고 주장함으로써 장 보당의 통치자 주권론에 반대하였고 또한 'ephor'라는 국민대표 기관에 의해 최고 정무관(summus magistratus)의 통치를 감시하고 견제하는 국민대표제사상 및 국민주권사상도 피력하였다. 특히 그는 최고권력자의 권력은 궁극적으로 하느님으로 부터 나오되 그것이 국민을 통해서 나오며 그리고 법에 의해서 제약을 받는다는 근대 立憲制 내지 法治國家(Rechtsstaat)사상도 제시하였다. 그리고 그는 근대 브르조아 상업사회 내지 이익사회에 적합한 私法체계를 구축해 주기 위해 'ius'의 개념을 고대적인 법·정의개념 대신에 '主體的 權利' 개념으로 확립해 주려고 하였고 이를 '권리의 취득과 상실' 및 '소송절차법'을 다룬 그의 Dicaeologicae II,III에서 구체적으로 정립해 주었다. 그럼 이제부터는 알투지우스의 생애와 저서 및 이 저서속에 나타난 그의 국가론과 법이론체계에 관하여 구체적으로 성찰해 보도록 하자.

(38) F.S.Carney, The Politics of Johannes Althusius(Boston, 1964), pp.6-7.

서울대학교

3. 알투지우스의 생애와 저서

알투지우스의 유래와 출생년도는 아직도 철저하게 밝혀지지는 않았다.[39] 또한 그의 소년기에 관해서도 거의 알려진 바가 없다. 단지 그는 농민후손의 출신이며 그의 출생년월도 일반적으로는 1557년으로 알려져 있으나 최근의 연구에 의하면 1563년인 것으로 보인다.[40] 그는 당시 Nassau지역이며 백작령인 Wittgenstein-Berleburg의 작은 마을인 Diedenshausen에서 출생하였다. 그는 소년시절에 1572년 프랑스에서 발생한 유그노(Huguenot)파에 대한 Bartholomäu의 대학살사건의 소식을 들었고 또한 젊은 시절에는 서유럽에서의 反종교개혁과 低地(네덜란드)에서의 자유·독립투쟁에 고무되었다. 그는 1577년에 Sayn-Wittgenstein의 Ludwig백작家와 Köln주교좌 수석신부의 주선으로 Marburg대학에 등록한 적이 있으나 이곳에서의 그의 교육과정과 연구내용에 관해서는 정확히 알려져 있질 않다. 그는 1581년에는 Köln대학에서 Aristoteles철학과 Calvin신학을 잠시 연구한 것 같다. 그리고 그는 4년후인 1585년에는 스위스의 Basel을 방문하여 이곳의 유명한 신학자인 Johann Jacob Grynaeus의 집에서 私宿하면서 Basel의 유명한 법휴머니스트인 Basilius Amerbach와 그 일파들과 어울렸고 또한 박식가이며 백과전서적인 인물인 Theodor Zwinger와 사귀었고 1585년 겨울에서 1586년까지에는 Genf(현재의 Zeneva)에서 학생으로 체류하면서 프랑스의 저명한 법학자인 Dionysius Gothofredus — 당대에 유스티니아누스 로마법대전을 발간하여 그후 200년간 불후의 명성을 얻은-와 이곳에 망명중인 François Hotoman(1524~1590)-그의 저서 Franco-Gallia(1573)와 De Jure Regni Galliae(1585)는 익명의 저서 Vindiciae contra tyrannos와 더불어 16세기 최대의 '폭군방벌론'(Monarchomachismus)의 저서로 알려졌다 —과 접촉했던 것으로 보인다. 아울러 알투지우스는 1586에 "無遺言相續"(In-

(39) 알투지우스 생애에 관해서는 아래의 자료들을 참조할것: Ernst Hippel, 'Johannes Althusius', in: Westfälische Lebensbilder 4(1933); Heinz Werner Antholz, Die Politische Wirksamkeit des Johannes Althusius in Emden(Abhandlungen Und Vorträge zur Geschichte Ostfrieslands, Heft XXXII)(Aurich: Verlag Ostfriesische Landscaft, 1955); Julius von Gierke, Neues über Johannes Althusius(Berlin·Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1957), S.1-29.

(40) C.J. Friedrich는 Emden市내에 있는 Emden大교회의 도서관에 걸려 있는 알투지우스의 60세 탄생기념 유화초상화에 기록되어 있는 초상화 제작일을 근거로 삼아서 알투지우스의 출생을 1563년으로 算定하였다. Vgl. Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk, S.17-18.

서울대학교

testaterbfolge(원제목:De successione ab intestatio))에 관한 46개의 주제[41]를 제출하고 Basel대학에서 교회법과 로마법 양법 분야의 박사학위를 취득하였다. 그런데 그는 박사학위를 받기 직전에도 이미 Basel에서 후에 그가 De Arte Jurisprudentia Romana methodice Digesta libri II(1586,1589,1592,1599 및 그 이후)[42]로 개칭했던 그의 최초의 법률서인 Iuris Romani libri duo를 출간하여 일약 유명해졌는데 아마도 이로 인해 그는 동년에 독일 Nassau州의 칼빈系統의 Herborn대학 ——이 대학은 1584년에 Wilhelm von Oranien公의 형인 Nassau-Dillenburg의 Johann VI백작에 의해 칼빈니스트정신을 전파하기 위해 수립되었다— 에 초대 법학교수 —그의 정식 직위명은 Doctor licentiatus였음— 로 초빙된 것 같다. 그는 그 누구보다도 Herborn대학의 신학적·칼빈니스트적 목적설정 —처음에는 Olevian과 Zepper에 의해서 그 후로는 Piscator에 의해서 대표된— 을 법률적·정치이론의 범주로 나타내는데 탁월한 역량을 발휘하였다. 그는 이곳 헤르본대학에서 로마법의 Institutio를 가르쳤고 철학과목도 이따금 강의하였다. 그는 1588년에는 법학 정교수로 승진하였고 1589년에는 Dillenburg에 있는 백작궁내성에서 백작의 고문으로 활약하기도 했다. 또 그는 1592년에는 Bentheim지역의 Arnoldus-Jodocus백작의 초청으로 4년간 Burgsteinfurt의 계혁와 대학의 법학교수직을 역임하였고 4년후인 1596년에는 헤르본大로 복귀하였다. 그리고 1599~1600년간에는 Siegen으로 옮긴 헤르본大에서 최초로 대학총장이 되었으며 또 1602년에 이 대학이 인근에 지내적인 Köln市로 인해 재차 Siegen에서 헤르본으로 옮긴후에도 그는 Siegen에 남아 이곳 잔류대학의 총장직을 계속 수행하였다. 헤르본으로 되돌아 온 후에 알투지우스는 아마도 그의 학문활동의 최대의 결실기를 맞이했던 것으로 보인다. 곧 그는 이곳에서 동대학의 신학교수들과 성경해석에 있어서 統治權(Obrigkeit)이 어느 정도 권한을 지니는가 하는 문제로 쟁론을 벌였으며[43] 또 1602년에는 헤르본대학의 정치이론의 경향을 대변하고 있는 계약사상과 저항권론을 그 요체로 한 소논문인

(41) Hans Thieme, 'Die Basler Doktorthesen des Johannes Althusius', in: Festschrift für Hans Liermann zum 70.Geburtstag(Erlanger Forschungen 16)(1964), S.297-304.

(42) 이 로마법 입문서는 1583년에 Basel에서 Corpus Juris Civilis를 출간했던 Gothofredus에게 고무되어 법휴머니스트적 입장에서 Althusius가 나름대로 로마법의 체계화를 시도해 본 것임.

Vgl. C.J.Friedrich, Philosopie des Rechts in Historischer Perspective, Heidelburg 1955, Kap VII.

(43) Vgl. Acta Herbon, IV.3f., Fol.6-11(im Staatsarchiv Wiesbaden).

'De regno recte instituendo et administrando' [44]를 발행하였고 또 1년후인 1603년에는 본 논문을 근간으로 하여 보다 포괄적이고 체계적으로 정치사상과 국가론을 피력한 'Politica Methodice Digesta et exemplis sacris et profanis illustrata: cui in fine adjuncta est Oratio panegyrica de utilitate necesitate et antiquitate scholarum."(역:「방법론적으로 체계화하고 신학적 모범과 세속적 모범에 의해 예설된 정치학: 학문의 효용과 필요와 오랜 전통을 기리기 위한 축제연설」)를 발간하였다. 이 저서 — 앞으로 Politica로 약칭하겠음—의 발간으로 그는 당대 佛의 장 보당에 비금가는 大정치가로 알려졌고 또 그의 명성은 당시 독일북방의 小항구도시인 Emden市에도 알려져 그는 이 市의 참사회와 40人위원회의 만장일치의 결의로 이 시의 법률고문(syndikus)으로 초빙되었다.[45] 이 독일제국 북방의 도시는 13세기까지는 독일제국에 포함되어 있지 않다가 14~15세기이래 북방 Hansa무역권의 발달로 함부르그 사람들이 북해·발티해의 해적으로 부터 그들의 무역을 보호하기 위해 이곳을 점령함으로써 한자도시권에 포함되고 그후 15세기 중엽에 Cirksena의 지배하에 제국 백작령(Reichsgrafschaft)이 되었다. 그러나 이 시는 지정학적으로 네델란드와 제국북서 변방지역 사이에 위치함으로 인해 영방군주와 황제의 직접적인 영향을 덜 받아 오면서 마치 자유시의 특권을 누려왔었는데 제2차 종교개혁후 이 시가 네델란드의 칼빈세력과 연합하여 칼빈자치도시를 형성하자 당시 루터교를 신봉한 東프리스란드의 영방군주인 Enno Ⅲ백작이 이 시에 대한 정치적·종교적 개입을 강행하게 됨에 따라 Emden市는 동프리스란드의 영방군주에 정치적·법률적으로 대항할 수 있는 저명한 법학자출신의 정치학자를 물색하던 중이었다.[46] 이런 연고로 알투지우스는 1604년부터 Nassau州의 백작의 만류에도 불구하고 헤르본대학에서의 학문적 활동을 중단하고 Emden市의 법률고문으로 초빙되어 향후 35년간을 이 시의 독립과 자치를 위해 헌신하였다.

---

[44] M.Stolleis, De regno recte instituendo et administrando. Eine unbekannte Disputation von Johannes Althusius, in:Wolfenbütteler Beiträge. Aus den Schätzen der Herzog August Bibliothek. Hrs. von Paul Raabe, Band 7(Frankfurt am Mein: Vittorio Klosttermann, 1987), S.167-173.

[45] 이러한 초빙을 적극 알선한 사람은 Emden시의 위대한 목사인 Menso Alting과 「프리스란드 역사」(Rerum Frisicarum Historia)(1596)를 저술한 역사가 Ubbo Emmius였다.

[46] H.W.Antholz, Die politische Wirksamkeit des Johannes Althusius, S.24-67; Heinrich Schmidt, Politische Geschichte Ostfrieslands(Leer: Verlag Gerhard Rautenberg, 1975), S.235-241.

서울대학교

그는 Emden市에서의 법률적·정치적·외교적인 실무의 경험을 통해서 그의 정치사상과 국가론 및 국가법의 체계를 精鍊해 나아갔다. 곧 그는 1610년에는 Groningen에서 Politica 제2版을 발행하여 그간 Emden市와 東프리즈란드 백작간에 전개되었던 정치적 투쟁—이를 일명 '신분투쟁'(Ständestreit)이라 칭하지만—의 쟁점들, 예컨데 領邦高權의 본질과 황제고권과의 관계하에서의 그 권한한계 및 도시(제국직할시, 영방시, 자유시등)의 권능과 그 특권한계 등의 쟁점들을 상세하게 논구하였다. 그래서 Politica 제1版의 8절판 469쪽은 제2판에서 4절판 715쪽으로 증편되었다. 또한 1614년에 Herborn에서 발행된 Politica 제3판의 내용은 십계명의 지시·명령들을 신학으로 부터 정치학의 과제로 수용하여 이를 확대·적용시키는 문제—일명 교회와 국가권력과의 관계내용 확충—와 그리고 主權의 권한(ius)들을 법학으로 부터 정치학으로 이끌고 와서 이를 정치권력의 조직과 통치권의 행사방법에 적용시키는 문제등의 내용이 확충되어 책의 분량이 제2판보다 훨씬 더 방대해졌다.(47) 이 Politica 제3판의 내용은 그후 변함없이 1625년(Herborn), 1643년(Leyden), 1651년(Amsterdam) 그리고 1654년(Herborn)에 재발행되었다. 이후 Politica는 약 300년후인 1932년에 하버드대학의 C.J.Friedrich에 의해서 「하버드 정치학 古典」(Harvard Political Classics)속에 포함되어 알투지우스는 서구 근대국가 형성을 위한 일련의 중요 정치사상가들, 이를 테면 Machiavelli, Bodin, (Althusius), Grotius, Hobbes, Pufendorf 등의 대열속에 끼게 되었다.(48) 또 이 Politica 제3판의 내용은 1964년에 미국의 F.S.Carney에 의해 영어로 축약·번역되었고 그리고 독일어 번역은 그 일부가 1988~89년에 독일 Münster대학의 「요하네스 알투지우스협회」에 의해서 이뤄졌다. 한편 알투지우스는 전술한 바와 같이 30년전쟁이 발발하기 1년전인 1617년에 헤르본에서 1586년에 지은 그의 로마법 입문서인 Jurisprudentia Romanae의 내용에다 비교법학적 측면에서 로마법 이외에 게르만 관습법과 유대법의 내용을 확충하고 Pierre Ramée의 방법론(49)을 도입하여 포괄

---

(47) Politica(1614), Vorrede외 Frederick S. Carney, op.cit., p.8참조.

(48) Die Deutsche Literatur. Biographisches und bibliographisches Lexikon. Reihe II: Die Deutsche Literatur zwischen 1450 und 1620, hrsg.von Hans-Gert Roloff, Bd.1, Bern 1990/91, S.351.

(49) Wilhelm Rise, "Die Entwicklung der Dialektik bei Petrus Ramus," in: Archiv für Geschichte der Philosophie, Band 42/Heft 1(Berlin:Walter De Gruyter & Co., 1960), S.36-72.

적인 법체계를 세운 「法論理學」(Dicaeologicae Lib.I,II,III)書를 발간하였다. 그 밖에 알투지우스의 조카 Philipp Althusius에 의해 간행된 알투지우스의 윤리학서인 「시민과의 대화 2권」(Civilis conversationis lib.II, methodice digesti et exemplis sacris et profanis passim illustrati)(Hanau 1601) ── 여기서 Althusius의 칼빈니스테적 휴머니즘 정신과 그리고 법과 正義의 문제들에 대한 그의 입장이 단편적으로 나타나 있음[50] ── 과 1603년 8월 23일에 행한 Herbon大의 총장취임 연설문인 "학문의 필요와 효용과 오랜역사에 대한 찬양문"(Oratio panegyrica de necessitate, utilitate & antiquitate scholarum)이 있는데 그는 Oratio panegyrica에서 자신의 人間觀―특히 平民(populus)觀 ―을 표명하였고 또한 성경속에 啓示되어 있는 神意들을 결정할 권한이 궁극적으로는 신학자가 아니라 정부 및 통치권자라는 신학상의 첨예한 쟁점이 된 관점들을 피력하였다.[51] 이 총장취임 연설문은 Politica 제1판에 첨부되어 발행되었다.

전술한 바와 같이 알투지우스는 이 Politica Methodice Digesta(1603, 1610,1614)에서 신성로마 제국내에서의 종교분쟁과 이와 연루된 황제와 제국신분 세력들간의 지배권 쟁탈전을 평화롭게 해결하기 위해 그의 "共生"(symbiosis)철학을 구현시키려고 하였고 또한 그의 법이론서인 Dicaeologicae (1,2,3권)(1617)에서는 근대 시민사회의 기본원리인 "權利"(ius)개념을 확충해주고 또한 이러한 시민사회의 원리에 입각한 포괄적인 國法체계를 구축하려 했는데 이에 관하여 좀더 면밀히 검토해 보도록 하자.

---

[50] C.J.Frirdrich, Johannes Althusius und Sein Werk(編), S.112.
[51] ebenda, S.27-28.

서울대학교

III. 알투지우스의 국가론

1. 정치사상과 국가론의 基調

전술한 『정치학 체계론』(Politica Methodice Digesta)속에 구현된 알투지우스의 정치사상과 국가론의 要諦를 보다 잘 이해하기 위해서는 16~17세기 독일제국의 대학내에서 이뤄진 정치학강의와 그 이론적 전통에 관해 우선 잘 이해할 필요가 있다. 독일제국에서 정치학강의가 재개된 때는 13세기에 Thomas Aquinas에 의해 Schola신학이 집대성되면서 아리스토텔레스의 정치학과 윤리학이 크게 부활되면서 부터 였다. 이때부터 14세기 중세말까지 정치학은 기독교신학에 의해 규범화 된 윤리학과 더불어 독일대학에서 정규 학과목으로 통상 학위수여 자격시험 직전에 반년간 강의되었다.[52] 그러나 16세기에 종교개혁의 열풍이 불아치자 최소한 종교개혁발발 이후 10년간은 각 독일대학에서 자연 복음정신의 만연으로 말미암아 세속적인 정치학강의는 퇴조하고 순수한 복음신학에 입각한 》기독교 국가론《(christliche Staatslehre)[53]이 등장하였으나 이 기독교 국가론은 인간의 세속적인 삶을 규율하고 지도할 공동체이론을 결여하고 있는 흠을 노정하고 있었다. 이에 Melanchthon을 위시로 한 독일의 정치사상가들은 재차 아리스토텔레스의 정치학과 국가론을 재활용할 것을 촉구하였다. 이리하여 16~17세기 독일제국의 루터파 프로테스탄트 대학에서는 낡은 도덕철학분야를 신학의 후견으로 부터 벗어나게 하려는 실천철학에 대한 동기가 크게 일고 세속적 정치관계의 내적 논리에 대한 추구도 활발히 이뤄졌다.

이와 같은 루터파 대학에서의 아리스토텔레스 정치학과 윤리학에 대한 강한 요구는 루터파제후의 영방고권의 확립－이른 바 루터파 영방내에서의 '國家性'(Staatlichkeit)의 형성－에 이바지 하였다.[54] 그런데

[52] Hans Maier, Die Lehrer der Politik an den deutschen Universitäten vornehmlich vom 16. bis 18. Jahrhundert, in: Dieter Oberndörfer(Hrsg.), Wissenschaftliche Politik. Eine Einführung in Grundfragen ihrer Tradition und Theorie(Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966²(1962¹), S.70.

[53] ebenda, S.81.

[54] ebenda, S.80.

1550년대~1620년대간에 개혁파-칼빈파의 제2차 종교개혁운동의 여파가 독일제국에 엄습해 왔을 시에 이에 가담했던 독일제국 서북부의 영방들과 도시들은 異敎的인 아리스토텔레스의 정치학과 윤리학 대신에 칼빈니즘의 契約神學이론과 사회이론[55]을 도입하여 칼빈의 제네바에서의 신앙공동체 건설의 이상을 실현하려고 하였다. 이러한 칼빈개혁파들의 정치적·신앙적 노선은 엄격한 神政政治노선이었는데 이들은 이러한 노선을 고수하여 황제와 영방군주의 군주지배적 정치노선에 대항하고자 하였다. 이러한 칼빈니스트적 공동체 내지 도시자치체 형성을 위해 분투하였던 지역과 도시들의 예는 네델란드와 Nassau州 및 Basel市와 Emden市 등이었다. 이중 Nassau영방의 영방군주는 전술한 바와 같이 1584년에 헤르본대학을 창설하여 장차 여기서 배출된 인재들로 하여금 그의 영방교권의 형성과 유지를 위해 기여할 수 있도록 대책을 강구하였다. 1586년에 알투지우스가 나사우영방의 영방군주에 의해 헤르본大의 법학교수로 발탁된 것도 이러한 연유에 의해서 였다. 그러므로 1603년에 헤르본에서 간행된 알투지우스의 정치학의 基調가 칼빈적·개혁파적 정치노선 및 법률노선을 띠게 된 것은 필연적 사실이었다. 그러나 그는 칼빈니스트이기 이전에 법휴머니즘의 영향을 받은 합리적인 로마법학자였기 때문에 그의 정치·법사상의 범주는 편협한 칼빈종파주의에 국한되지 만은 않았다. 특히 그는 전술한 바와 같이 신성로마제국의 政體危機(Verfassungskrise)를 극복해 보려는 원대한 정치적 포부를 지니고 있었기 때문에 그의 정치학과 국가론 및 법이론은 당대와 고대~중세간의 정치·법사상들을 선별적으로 섭렵하면서 그의 정치사상과 국가이론 및 법이론을 포괄적으로 체계화시켜 나아갔다. 따라서

[55] 칼빈과 교리가 정치공동체에 미친 직계적인 영향에 관한 논문으로서는 다음과 같은 논문을 참조할 것: Friedrich Delekat, 'Die Umsetzung der Grundprinziepien der Reformation in die Grundprinzipien der Konstitutionellen Demokratie', in: Evangelische Theologie Heft 11(1954), S.485~498; Erik Wolf, 'Theologie und Sozialordnung bei Calvin', in: Archiv für Reformationsgeschichte 42(1951) Heft 1/2, S.11-31; Hans Baron, 'Calvinist Republicanism And Its Historical Roots', in: Church History 8(1939), pp.30-42; 또한 칼빈의 계약사상과 신앙·계약법 사상을 참조하려면 Vgl. Josef Bohatec, Calvins Lehre von Staat und Kirche mit besondere Berücksichtigung des Organismusgedankens(Breslau: M & H. Marcus, 1937), S.19-26.

서울대학교

Althusius의 Politica의 내용구성도 구약의 십계명과 신약의 예수의 산상수훈등의 句節을 포함하여 수 천번 성경을 인용[56]한 내용과 이와 더불어 12세기 이후 로마법학자와 교회법학자의 Pandecken주해내용, Gratian의 저서인 Descretum주해내용[57], 토마스 아퀴나스의 정치사상(특히 混合政體사상), Jean Bodin의 주권론, Petrus Ramus의 논리학(예컨 분류법), Calvin의 신학이론과 사회이론[58] 및 Monarchomachen들의 저항권사상—특히 알투지우스는 Vindiciae contra tyrannos의 내용을 많이 인용하였다 — 등을 광범위하게 원용하여 이론체계를 구성해 나아갔다. 그러므로 Gierke는 Politica의 전 내용을 칼빈주의적 종교사상, 계약사상, 국민주권론, 聯合制, 대표제원리와 법치국가사상으로 요약하였고 C.J.Friedrich는 연방제와 국가절대주의로, 그리고 F.S.Carney는 연방제와 입헌민주주의로, 또한 L.C.McDonald, Herold Laski, Brian Tierney 등은 중세의 多元主義[60]와 Bodin의 주권론을

(56) C.J.Friedrich, op.cit., p.xliii~lii; F.S.Carney, op.cit., pp.xxx-xxxi.

(57) Brian Tierney, Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150~1650, pp.8-71. Althusius가 그의 법률적 식견을 넓혀 간것은 스위스의 Geneva와 Basel에서 법률학공부를 하면서 당대 最고의 Huguenot출신의 저명한 법률가인 Godefrey, Hotman, 그리고 Doneau 등과 깊은 친분을 맺고 난 이후 부터였다. cf. F.S.Carney, The Associational Theory of Johannes Althusius. A Study in Calvinist Constitutionalism. Diss. University of Chicago, 1960, p.12.

(58) Peter J. Winters, a.a.O., S.37-60; Erik Wolf, 'Theologie und Sozialordnung bei Calvin', in: Archiv für Reformationsgeschichte 42(1951) Heft 1/2, S.11-31.

(59) Günter Stricker, Das politische Denken der Monarchomachen. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ideen im 16. Jahrhundert. Diss. Heidelberg, 1967, S.70-242.

(60) 중세의 'pluralism'은 여러 私的·사법적 社團들—guilds,collegia,universitas(대학),orders(종교단체,수도원)—과 公共社團들—vicus(마을),pagus(교구),commune(도시),province(territorium)(州나 領邦)—의 존속으로 인해 형성되었다. 이들 社團들은 다음과 같은 로마법상의 3가지 universitas(法人)의 특수한 속성을 지니고 있었다. 즉 i) universitas unius personae vicem sustinet(法人은 단일인격을 지닌다), ii) universitas nunquam moritur(법인은 결코 죽지 않는다), iii) Quad universitas debet, sinnguli non debent(법인의 전 負債는 결코 각 법인 구성원이 물지 않는다). cf. J.H.M.Salmon, The French Religious Wars in English Political Thought(Oxford: At The Clarandon Press, 1959), pp.41-42.

절충한 입헌민주주의 내지 제한군주제사상으로 집약하였다. 본고에서는 이미 제 2장 근대 국가론과 법이론의 배경에서 밝혀 준 바와 같이 알투지우스의 정치사상과 국가론의 基調는 국가공동체 형성을 위한 공동체 구성원들 상호간에 합의와 계약의 원리에 입각해 있고[61] 또 정치공동체의 下位集團은 이러한 합의와 계약에 의해 上位 政治集團과 階序的 秩序(hierarchy)하에서 聯邦體 내지 聯邦國家를 결성하고 그리고 이 연방체는 통일적인 基本法(헌법)에 의해 운영되는 立憲國家(Verfassungsstaat)체제를 지향하고 있음을 밝혀 주었다. 그는 이러한 입헌주의적 연방국가의 건설을 통해서 당시 신성로마제국내에서 제국신분 세력들의 영방고권의 발호와 황제의 군주제적 통치방식과의 갈등을 해소하여 종교분쟁으로 인해 초래된 政體危機와 공동체질서의 파괴를 극복해서 평화스런 '共生 共同體'(consociatio symbiotica)를 구축하려고 하였다. 이러한 그의 노력은 1648년 웨스트팔리아 和約 이후의 초기 절대주의의 조류로 말미암아 독일제국에서는 실현되지 못하였으나 Brian Tierney와 Carl J. Friedrich가 잘 지적해 준 바와 같이 1776년 미국의 독립혁명 이후의 美聯邦共和國 체제에서 실현된 점은 매우 고무적인 일이다.

이와 같은 관점하에서 본고에서는 알투지우스의 정치사상과 국가론의 基調를 1. 국가계약론 : i) 共生社會觀 ii) 社會契約과 統治契約論 2. 聯邦國家論 3. 국민주권론 4. 저항권론 5. 국가와 교회와의 관계론 등으로 나누어 검토해 보고 끝으로 6. 알투지우스의 국가론의 의의와 한계에 관해 평가해 보려 한다.

이러한 알투지우스의 포괄적인 정치이론의 확립은 그의 국가법 체계 구축을 위한 사전 정지작업이었다. 곧 그는 정치공동체를 규율한 포괄적인 법체계를 정립하기 전에 법인식의 중요대상이요 法事實(factum legis)인 정치공동체, 특히 국가의 성립요건과 목적, 조직 및 운영원리 등에 관한 합리적이고 객관적인 정치사회학 이론을 확립해 보려 했던 것이다.[62]

그런데 알투지우스는 그의 포괄적인 정치이론서인 Politica(1603)序論에서 정치학의 주제와 목표 및 방법론에 관해서 전반적으로 다루었는데 이에 대한 이해는 알투지우스의 정치사상과 국가론의 특성을 파악하는데 좋은 길잡이가 될 것이다.

---

(61) 본 논문의 제2장 注(122)를 참조할 것.

(62) James W.Skillen, 'The Political Theory of Johannes Althusius', in: Philosophia reformata 39(1974), pp.170-171.

2. 정치학의 주제와 목표 및 방법론

Althusius는 Politica 제1권의 머릿말에서 정치란 일정법규에 의해서 실현되는 생활공동체내에서 사람들간에 평화스런 共生이 이뤄지도록 정의롭게 통치하는 일이며 따라서 정치학은 바로 이러한 공생을 위한 예술이요 학문인 일명 共生學(συμβιωτική)이라고 정의하였다.(63) 즉 다시 말해서 정치학은 공동체안에서 인간들을 결합시키는 예술()Politca est ars homines ad vitam socialem inter se constituendam, colendam, et conservandam consociandi.(Politica, cap.I,i)이다 라고 정의하였다. 또한 그는 당대에 정치학의 고유영역이 神學과 철학 및 법률학에 의해 침해받고 있는 그릇된 현상을 지적하면서 정치학의 고유영역이 확립되고 정치학의 기본주제가 설정될 것과 아울러 정치학의 방법론이 새롭게 강구될 것을 역설하였다.(64) 즉 그는 십계명(Decalogue)—이를 그는 Politica본문에서 律法이라 칭하였으며 또 한편으로 이를 그는 自然法과 동일시 하였다—을 포함한 도덕법을 세우는 일은 신학과 철학의 영역이지만 이를 사회생활에 적용하는 일은 나음과 같이 정치학의 과제라고 하였다.(65) ···)Atque inter alia etiam praecepta Decalog, et iura maiestatis, de quibus apud alios politicos altam silentium, suis in locis adspersi(··· Politica, Vorrede von 1610 und 1614)(역: 그 무엇보다도 십계명과 주권—을 국가에 대해서는 가섭을 하지 않으나 자국영역 내에서는 강력하게 적용하는—은 정치학의 과제로 포함되어야 한다.) 이러한 주장에 의해 그는 Herborn대학의 신학교수들로 부터 신성모독자 또는 심지어는 무신론자라는 혹평을 받았다. 또 한편으로 그는 정치학과 법률학의 영역을 구분하는 일은 매우 어려운 일이지만 현재 법률학의 주제로 다루고 있는 主權(maiestas)의 기원, 본질, 그리고 要素(原理)등의 주권의 문제와 통치자와 국민간에 맺은 협약—예컨대 1519년에 신성로마제국의 황제와 제국의 대표인 선제후간에 맺은 「選擧協定」(Wahlkapitulationen)과 같은—과 그리고 국민과 통치자가 함께 절대자(神) 앞에서 서약한—구약의「歷代記」(Chronica)下 23;3,16에서 볼 수 있는 사례들과 같은(66)—이른 바 합의(concordia)와 契約(pactum,Vertrag)의 문제들은 정치

(63) Politica(1603), cap.I; Erik Wolf, "Johannes Althusius", in: Grosse Rechtsdenker, S.184.

(64) Politica(1603), Vorrede.

(65) ebenda.

(66) C.J.Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk, S.49.

서울대학교

학의 영역에 이전시켜서 정치학의 기본주제로 삼아야 한다고 주장하였다.[67] 그러므로 그는 Politica(1603) 제1장에서 사회생활의 聯合(foedus, Bünde) 또는 결합현상인 "consociatio"개념[68]을 정치학의 기본주제로 삼고 다음에는 이 "consociatio"의 목적—정치적으로 共生하는 사람들의 그 생활의 목적은 신성하고 정의롭고 만족스러우며 행복한 共生(symbiosis)이며 또한 필요하거나 유익한 것들이 부족하지 않은 그러한 인생의 상태의 실현이다. 그러나 이러한 참된 인생을 살기 위해 그 어떤 사람도 본래적으로(à naturà) 충분하게 그리고 만족스럽게 제공된 '자급자족할' ([illegible]) 상태에 있는 사람은 없다—과 구성, "consociatio"내의 최고권력(최고권, 또는 主權)의 所在문제, 즉 주권의 主體(Subjekt)문제와 끝으로 주권의 통치 및 관리문제에 관하여 Politica의 내용속에서 포괄적으로 취급하였다.

그리고 그는 정치학과 법학을 비롯한 학문의 연구방법으로는 종래의 아리스토텔레스적·스콜라적 방법—모든 현상을 목적론의 관점에서 보려하고 삼단론법에 의해 질의와 반론제기를 지루할 정도로 진행시키는 主知主義적 성향이 매우 강한—대신에 과학적이고 합리적인 새로운 방법론인 佛의 Pierre Ramée(Petrus Ramus) (1515~1572)의 二元分類法(dichotomy)적 방법론[69]을 적용할 것을 주장하였다. 이 라무스의 논리학은 아리스토텔레스의 3단론법 대신에 사실과 현상을 부단히 이분법적으로 세분시켜서 개념형식학에 빠질 경향이 컸으나 아리스토텔레스의 정치학과 윤리학의 교의를 신봉하는 루터파 대학에 반대하는 개혁파·칼빈파 대학에서는 이 방법을 애호하였다. 이 방법은 장 보당도 활용하였는데 16세기 한 동안을 풍미한 후에는 17세기중엽 이후로는 쇠미하였다.[70]

[67] P.J.Winters는 알투지우스의 정치학의 주제는 a)사람들이 살고 있는 공동체의 성립과 그 구조에 관한 질문과 b)이 공동체가 수행하게 될 규칙과 행동에 관한 문제와 c)인간의 인간에 대한 支配의 성립과 행사 및 제한에 관한 문제였다고 하면서 Althusius는 이 세 분야를 위해 consociatio, Decalogus, 그리고 maiestas의 세 개념을 내 세웠다고 하였다. vgl. Peter.J.Winters, Johannes Althusius in: M.Stolleis(Hg), Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert, S.32.

[68] consociatio란 共生하는 사람들(symbiotici)이 서로 사회생활의 이용과 협력을 위해 유익하고 필요한 것을 상호교환 하기 위하여 스스로 맺은 明示的 또는 默示的 계약에 의해 결성된 집단이다. cf. Politica(1603), caput I. De generalibus affectunibus politicae(정치학의 일반적 관계에 관하여).

[69] Ramus는 온갖 主知主義에 맞서서 다음과 같이 주장하였다:-"모든 인간의 그 어떤 유형의 인식의 출발도 각기 주어진 사실로 부터의 느낌의 체험과 歸納(Induktion)이다"-(Omnis siquidem cognitionis Humanae principium est sensus & inductio singularium)라고 하였다. 그러므로 그는 사실로 부터 개별적 주장을 발견(Auffindung)하거나 考案(inventio,Erfindung)하여 이를 나열(expositio)하는 방법을 제시하였다.

[70] M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, S.105.

3. 국가계약론

(1) "共生社會" (consociatio symbiotica)觀

1970년대부터 1980년대 초까지 「요하네스 알투지우스협회」의 長을 역임하였던 Ulrich Scupin교수가 지적한 바와 같이 알투지우스의 사회개념을 오늘날의 사회개념의 수준에서 평가하는 일은 부적절하다. 왜냐하면 당대는 오늘날 처럼 사회개념이 확연하게 정립되어 있지 않았을 뿐만 아니라 사회와 국가개념도 명확하게 구분되어 있지 않았기 때문이다.(71) 그래서 당시의 사회개념은 고작 공동생활을 영위하고 있는 사람들의 포괄적인 전체(umfassende Gesamtheit)라는 개념이 통용되고 있었고(72) 또 사회라는 개념을 나타내고 있는 용어도 societas, société, society, communitas, communauté, community 라는 말이 학자간에 다소 異見을 보이면서 사용되고 있었다.(73) 그러므로 알투지우스에게 있어서도 사회란 공동생활을 영위하고 있는 다양한 집단(Genossenschaft)들의 總體(die Gesamtheit), 즉 다시 말해서 상호 共生을 위해 결합해 있는 人間共同體였다. 따라서 알투지우스의 사회개념 및 사회관의 핵심은 바로 이 共生共同體(consociatio symbiotica)에 있었다.(74) 그런데 본래 이 공생공동체라는 의미를 지닌 'symbiosis' 라는 말은 고대 그리이스의 역사학자 Polybios의 「歷史」(Historia)에서 인간의 정치사회를 뜻하는 말로 최초로 Συμβίωσις 라는 말이 사용된 데에서 유래하였다.(75) 한편 Cicero도 合意에 의한 정치사회의 수립이라는 주장에서 이러한 공생공동체의 의미를 시사해 주었지만 알투지우스는 이 공생공동체라는 말을 당대에 보다 적극적으로 그리고 의미심장하게 활용했던 것이다. 그 까닭은 이미 언급한 바와 같이 당대는 학문적 사고가 중세적·스콜라적 철학으로 부터 벗어나고 있었기 때문에

---

(71) Hans Ulrich Scupin, Untrennbarkeit von Staat und Gesellschaft in der Frühneuzeit, in: Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag. Berlin 1958, S.637-638.

(72) ebenda,S.637.

(73) ebenda.

(74) Friedrich Merzbacher, Der homo politicus symbioticus und das ius symbioticum bei Johanes Althusius, in:Recht und Staat.Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag. Berlin 1972, S.109-110.

(75) W.R.Paton, Polybius, The Histories, Vol.III, London 1954, p.350.

서울대학교

일정 질서속에 놓여 있는 인간의 공동생활이라는 사실에 대해서도 필연적으로 새로이 또는 적어도 새로운 범주내에서 성찰해 보게 되었던 것이다. 특히 당대는 종교개혁의 열풍속에서 정치적 경제적 영역에서의 힘의 전환이 이뤄지고 있었기 때문에 이러한 권력중심의 전환과 사회구조의 변동의 경험을 겪고 있었던 당대 서·중부유럽의 학자들과 정치가들은 필연 인간의 정치공동체 문제에 대해 지대한 관심을 기울이지 않을 수 없었다.(76) 그런데 알투지우스의 공생공동체의 구체적인 삶의 구조와 생활운영원리는 어떠하였는지 이에 관하여 보다 상세히 분석해 보자. 그에게 있어서 인간의 정치적 공동체 (die öffentliche συμβίωσις)는 공동체의 각 구성원들—그는 이를 'symbiotici' (συμβιωτικοί)라고 표기(77)하였다—상호간의 필요와 유익과 사랑과 정의의 실천을 위해 구성원들 상호간에 합의와 협약에 의해 상호 물자와 노동과 권리들을 나눌 것(communicatio)(78)을 묵시적 내지 공시적으로 결의하여 결합한 단체(Genossenschaft)들 이었다. 따라서 그에게 있어서 'symbiotici'는 Erik Wolf가 지적한 바와 같이 공공 생활공동체에 협력 내지 관여하는 공동체성원들 (Lebensgenossen)이었고(79) 이들은 바로 정치의 담당자들이었다. 알투지우스의 정치학의 대상은 기본적으로 사회생활의 전개로서의 이 결합행위였다.(80) 그래서 그에게 있어서는 'consociatio' (사회적 결합)의 특성속에서 정치의 속성이 노정되었다. 이러한 결합실현의 主因은 전술한 바와 같이 契約(Vertrag, pactum)—이것이 公示的으로 이뤄지든 또는 默示的으로 이뤄지든간에 관계없이—이었다. 즉 계약에 의해서 symbiotici들은 'communicatio' (공동생활)을 위해 상호 의무를 진다. 그런데 공동체원들간의 상호 의무와 권리관계는 공동

(76) H.U.Scupin, a.a.O., S.640.

(77) "Symbiotici igitur hic sunt συμβιωταί, qui vinculo pacti conjuncti & consociati communicant de suis, quae ad animi & corporis vitam commode degendam expedium, & vicissim κοινωνοὶ, communionis sunt participes"(Politica, cap.1,n.6,p.3).

(78) "Communicatio illa mutua, seu κοινωνία, quam dixi, fit rebus, operis, juribus communibus, quibus indigentia varia & multiplex singulorum & universorum symbioticorum suppletur..."(Politica, cap.1,n.7, p.3s.).

(79) Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Frankfurt /Main 1950, S.113 Nr.6.

(80) Friedrich Merzbacher, a.a.O., S.108.

서울대학교

체의 기본법(leges consociationis 또는 ius symbioticum)과 공동체의 관리 및 행정법(leges directionis et gubernationis) 등의 범주에 의해서 규제된다. 단지 계약은 공동체형성을 위한 외부적 형식의 의미만을 지닐 뿐이고 정치적 내용이나 사회적 의미는 지니지 못하기 때문에 공생사회의 내부관계의 규율은 ius symbioticum속에서 집약적으로 이뤄 진다.(81) 이 공생공동체의 기본법(헌법)은 사회생활에 유익하고 필요한 관행에 참여토록 해주고 또한 다른 사람과 함께 사회생활을 영위할 수 있도록 해 준다.(82) 때문에 이 ius symbioticum은 공동체의 성원들이 개인적으로 사적인 결속을 맺고 있는 다른 생활동료들에게 행해야 할 의무의 지도를 내포하고 있다.(83) 이 의무는 공동체의 특성에 따라 다른데 화합, 협력, 상호부조 등이 ius symbioticum의 정신의 근간을 이뤄 주고 있다. 따라서 공생사회의 헌법은 Kuchenhoff가 지적한 바와 같이 사랑의 법(Liebesrecht)의 특성을 구현하고 있다.(84) Friedrich Merzbacher도 이 파악하기 어려운 공동체의 기본법 속에는 구약의 신국(civitas Dei)과 원시 기독교 공동체 및 그리이스 polis의 기본개념과 고대로마의 ius와 초기교회의 Agape등의 정신이 내포되어 있다고 하였다.(85) 또한 Ernst Reibstein이 일찍기 첨예하게 인식해 준 바처럼 ius symbioticum속에는 공동체의 특성에 대한 사회학적인 靈·肉의 개념(soziologische Leib-, Seele-Vorstellung von dem Gemeinschaftscharakter)이 구현되어 있었다.(86) 그런데 보다 중요한

---

(81) Friedrich Merzbacher, a.a.O., S.12.

(82) "Ius symbioticum est jus communicandi & participandi utilia & necessaria ad socialis vitae publicae usum..." (Dicaeologicae lib. 1,cap. 81, n.2, p.283.)

(83) "Ius symbioticum est, quod privatus symbioticus symbiotico privato praestare tenetur in privata consociatione, quod pro natura cujusque privatae consociationis est varium & diversum" (Politica, cap.II,n.6, p.14).

(84) Naturrecht und Liebesrecht, Hildesheim 1962, S.73.

(85) F. Merzbacher, a.a.O., S.111.

(86) Ernst Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca(=Freiburger Rechts-und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd.5), Karlsruhe 1955, S.90.

서울대학교

점은 공생공동체의 헌법의 특성이 알투지우스가 politeima(πολίτευμα)라고 칭했던 공동체의 특성을 결정해 준다는 점일 것이다.(87) 한편 그는 모든 지배나 복종은 공생공동체의 복지를 실현하기 위함이며 공동체 성원들의 의사형성은 일종의 정치적 總會(Generalkonzil)와 같은 일반 협의회에서 크게 실현된다고 하였다.(88) 그래서 공동체성원들은 그들의 자유를 오직 공동체의 대표기관에 양도할 수 있을 뿐 이고(89) 정치학과 정치인의 임무는 공동체에 이바지하고 공생공동체의 법률을 준수토록 하는 데 있다고 하였다. 모든 단체들은 共히 공동법(lex communis)에 복종하지만 그렇지만 각 개별단체들은 각기 고유법(lex propria)의 지배를 받으며(90) 그리고 통치자가 행해야 될 최대의 의무는 권력의 위탁자인 국민에게 보호와 안전을 제공하는 일이고 이에 대하여 국민들은 통치자에게 복종함으로써 감사의 표시를 나타낸다고 하였다. Lee C.Mcdonald는 이와 같은 '共生社會(共生共同體)개념은 알투지우스의 사회관과 국가관의 핵심개념이며 그것은 아리스토텔레스의 'koinonia'개념과 유사하다고 하였다.(91) 그리고 그는 알투지우스의 symbiosis개념은 그의 계약, 주권, 그리고 연방제이론 형성에 토대를 이뤄 주었다고 하였다.(92) 그런데 consociatio symbiotica는 단지 정치적 공동체만은 아니었다. 그것은 인간단체들의 전반적 분야의 포괄적인 형태였다. 따라서 그의 이 개념에 의하면 국가와 사회는 동일시 되거나 미분리 되었다. 그래서 그는 Politica 제3판에서 결혼(또는 가족)을 consociatio symbiotica conjugum이라 칭했고, guilds일반은 consociatio collegium으로, 그리고 국가는 consociatio symbiotica universalis로 칭하였다. 그리하여 그는 consociatio의 기본형태를 가족, 지방자치단체(collegia), 지방小정치공동체(vicus,pagus,oppidum(borough),州, 국가 등의 다섯가지로 분류하였다. 그리고 각각의 수준에서 공생사회의 구성원은 계약 또는 계약들(왜냐 하면 공동체의 형태는 분명히 두 단계의 문제이기 때문이다)에 의해 상호관계를 맺

---

(87) F.Merzbacher, a.a.O., S.113.

(88) ebenda,S.109.

(89) "Symbitici a collectis immunitatem concedere non possunt, nisi in concilio generali" (Dicaelogicae lib.II,cap.III,n.62,p.534).

(90) F. Merzbacher,a.a.O., S.109.

(91) Lee C.Mcdonald, Western Political Theory, From the Origins to the Present(New York, 1968), p.278.

(92) Ibid.

고 있다고 하였다. 그 첫계약은 사회자체와 법의 第一種類(기본법)를 수립하며 또 두번째 계약은 권력을 특수지도자들이나 정부등에 委任(mandatum, delegation)하는 내용이며 또 끝으로 이러한 계약구성 이외에 또한 가족, 길드, 마을 공동체(gemeinde), 도시, 그리고 州등의 다섯수준의 consociatio가 上位의 consociatio와 체결하는 계약이 있다고 하였다. 그리고 이 계약에 의해 각 공동체는 他 공동체에 대해 권리와 의무를 지닌다고 하였다.

후술하는 바와 같이 이 계약은 바로 각 '共生社會'간의 기본법과 특수법의 내용을 구성한다고 하였다. 그런데 국가는 개인들의 계약에 의해서 생기는 것이 아니고 보다 작은 '共生社會'(또는 작은 공동체)들의 계약에 의해서 발생한다고 하였다.[93] 여기에 그의 사회계약사상의 한계가 드러나 보이고 있다.

이러한 사회관과 정치관에서 주목되는 것은 그가 가족을 사회와 국가의 기본단위로 본 고대적 국가관을 계승하고 있는 점이다. 그러나 Althusius는 왜 가족이 필연적으로 국가를 형성하게 되었는지에 대해서는 Aristoteles적인 自然主義的 國家觀을 답습하지는 않았다. 이 점에 있어서는 그는 고대 Stoa사상의 '協約主義'(conventionalism)와 Calvin의 사회이론을 따랐다. 다시 말해서 그는 가족은 인간납터에 의해서 자연적으로 결속이 이뤄지나 collegium으로 부터 politeuma에 이르는 大단체－여기서 단체는 게르만 法상의 Genossenschaft와 로마법上의 法人 또는 社團(Körperschaft)의 성격을 띤 제 집단을 의미－는 'symbiotici'들의 동의(consensus)와 협약(pactum)에 의해 결합이 이뤄지고 또 공동체원들이 그들의 대표들에게 본래 공동체원들이 지닌 주권을 위임함에 의해서 諸社團(universitas, corporatives)들이 성립되고 그 기능이 수행된다고 하였다. 그리고 P.S.Gerbrandy가 지적해 준대로 Althusius의 계약사상과 협약사상의 근저에는 '완전한 인간'(a complete man)을 실현하기 위한 인간관이 작용하였다. 즉 그는 이러한 '완전한 人間像'을 J.J.Rousseau처럼 자연상태에서 찾고자 하질 않고 국가속에서 찾고자 했다. 국가는 인간에게 있어서는 마치 물고기에 있어서 물의 관계와 같고 또 肺에 있어서 空氣의 관계와 같다고 하였다.[95] 그런데 이러한 국가는 자연적으로 형성되지 않으며 'symbiotici'들이 公共善을 최대로 증진시키기 위해 상호 합의하에 최고 행정관(summus magistratus)

---

[93] Althusius, Politica, cap.I. 'De generalibus affectionibus Politicae(정치학의 일반론)', pp.2-7; Lee C.Mcdonald, op.cit., pp.278-79.

[94] P.S.Gerbrandy, National And International Stability, Althusius: Grotius: Van Vollenhoven(London: Oxford University Press, 1944), p.8-10.

[95] Politica(1614), cap.I.,pp.17-19.

에게 그들의 주권을 위임함에 의해 성립한다고 하였다.[96] 이처럼 Althusius의 동의개념과 계약, 그리고 위임개념은 바로 '共生'(symbiosis)의 원리를 실현시키는 요소이며 모든 사회단체와 국가공동체를 존립시키는 근본원리로 간주하였다. 그리하여 이러한 共生의 원리를 구현하지 못하는 정치사회는 그 발전이 停滯된다고 하였다. 그런데 여기서 Althusius에 있어서 특이한 점은 이 공생의 원리가 神法과 自然法상의 원리이며 명령이라고 한 점이다.[97] 예컨데 구약의 십계명 제2조의 이웃사랑의 계명과 또 신약의 예수의 산상수훈(일명 황금률로 일컫어지는 '네가 남이 너에게 해주기를 바라고자 하는 바를 네가 몸소 남에게 행하라'는 설교내용)의 내용은 인간사회생활을 위한 보편적인 도덕률이며 규범, 곧 자연법이 되어야 한다고 주장하였다. 따라서 정치학의 임무는 이와 같은 십계명을 포함한 여러 도덕법칙을 실생활에 적용시키는데 있다고 하였다.(cf. Philip.c.2.4.5.6; I.Cor. c.10.24. c.12.25.26; Gal. c.i.3. s.c. s.14; Rom.c.12.18.20. c.13.8.10. quo facit 1.2. de leg.1. servus. de servis export; Tolos. lib. i.c.i. nu.15 & seqq. de Repub.; Dan.1.1.pol.)

이처럼 Althusius는 이러한 공생의 정신이 인간사회의 연합(association)을 위한 계약사상의 토대가 되어야 하며 국가도 이러한 합의와 계약의 기반위에 서야함을 강조하였다. 그런데 알투지우스는 국가수립을 위한 계약의 단계를 사회계약과 통치계약의 두단계로 나눠 생각했다. 前者는 자연적인 남녀의 결합으로 인해 생기는 가족의 구성을 제외한 각종 이익단체 및 동업조합의 결성, 그리고 中·小지역 공동체 ── 마을, 敎區, 小邑, 소도시등 ── 에 이르기까지의 다양한 사회집단을 구성하고 후자는 대도시나 州, 특히 국가와 같은 보편적인 정치공동체를 결성할 시에 국민과 통치자간에 체결하는 계약인 데 알투지우스는 국가계약론에서 후자인 통치계약을 더 중시하였다. 그 까닭은 당대는 종교분쟁의 와중에서 정치공동체를 새롭게 편성해야 하는 일이 현안이 되었기 때문이다.

---

(96) Politica(1614), cap.9, pp.61-62.
(97) ebenda, p.67.

(2) 社會契約과 統治契約論

전술한 바와 같이 합의와 계약에 의한 국가성립의 주장은 서구의 12세기이래 발전해 온 입헌주의사상의 반영이기도 하지만 Althusius는 이러한 합의적·계약적 기초에 근거하고 있는 공동체 주권론[98]과 국민주권론이 바로 신의 명령이요 자연이성이 명하는 바라고 역설함으로써 그 이론적 토대를 더욱 공고히 해 주었다. 그러므로 Eckhard Feuerherdt는 '요하네스 알투지우스의 국가론에 있어서 사회계약과 자연법"(Gesellschaftsvertrag und Naturrecht in der Staatslehre des Johannes Althusius)이라는 논문에서 알투지우스를 16~17세기의 자연법론상에 토대를 둔 국가론과 사회론의 발전을 함께 가져온 중요 독일사상가의 한 사람으로 인정하였다.[99] Althusius는 Gierke가 분석해 준 바와 같이 그의 Politica에서 최초로 논리적 방식으로 전반적인 정치학의 학문적 체계를 일정한 原初契約의 전제위에 세움으로써 계약사상을 하나의 이론의 수준으로까지 提高시켜 주었다.[100] 그리고 그는 국가의 수립을 사회계약과 통치계약의 두 부분으로 가정한 意志過程들의 분류를 그의 정치이론의 토대로 삼았다.

그러나 알투지우스의 사회계약론은 17세기말 영국의 Hobbes나 Locke, 또는 18세기의 프랑스의 J.J. Rousseau의 사회계약론[101]에서 볼 수 있는 바와 같은 국가이전(vorstaatlich) 또는 사회이전(vorgesellschaftlich)의 '최초상태'(Urzustand), 곧 다시 말해서 '자연상태'(Naturzustand)에 관해서는 거론하질 않았다. 따라서 그의 사회계약론에서는 자연상태하에서 평화스럽고 행복하게 살았던 — Hobbes는 자연상태에서 인간은 인간에 대해 늑대이다(homo homini lupus est!)라고 그 원래의 상태를 상정했지만[102] — 개인의 모습은 나타나지 않고 있다. 그 이유는 전술한

---

(98) William of Occam, Marsilius of Padua, Nicholai Cusanus(Nicholas of Cues)등이 주장해 왔는데 후에 英·獨 양분야에서 입헌주의사상 형성에 기여해 주었다. cf. Brian Tierney, op.cit., pp.54-71.

(99) Eckhard Feuerherdt, Gesellschaftsvertrag und Naturrecht in der Staatslehre des Johanes Althusius. Diss. Köln 1962, S.1.

(100) Otto von Gierke, a.a.O.,S.77. 그런데 이와 같은 Gierke의 해석에 대해 Jellinek는 최초의 형태의 입장을 나타내었다. vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1921, S.206.

(101) J.J. Rousseau, Du Contrat Social, liv.I, chap.7, S.363.

(102) Hobbes, De cive, c.5; Leviathan, c.14; c.17; Gierke, a.a.O., S.86.

바와 같이 알투지우스에게 있어서 최초의 사회구성 단위는 개인이 아니라 가족이었기 때문이다.

그런데 당대 종교분쟁으로 인해 야기된 신성로마-제국내의 政體危機를 극복해서 정치질서를 재편해야 될 시대적 요청때문에 알투지우스의 二段階의 국가계약론은 자연 국민과 통치자간에 公示的 또는 默示的 계약하에서 국가권력 구조를 창출하고 또한 통치자의 권력행사의 한계를 결정하는 통치계약 또는 지배계약(Herrschaftsvertrag)에 쏠리게 되었는데 이러한 알투지우스의 통치계약사상의 형성에는 성경상에 나타난 神約내용—예컨대 歷代記(Chronica)下 23,3에 나타나 있는… "전체 공동체원들이 하느님의 성전안에서 국왕과 계약을 맺었다." 라든가 또는 16절에 "여호야다(Jojada)는 자신과 모든 백성들과 계약을 맺었다."…라는 구절—과 칼빈의 神約(foedus, covenant)사상과 사회이론도 적잖이 작용하였다. 특히 그는 칼빈의 신자공동체(congregatio fidelium)사상과 예정설(predestination), 그리고 召命(vocatio)이론을 '공생사회' 내에서의 통치(지배)-복종관계, 이른바 통치계약이 수립되는 관계에 적용하려고 하였다(Calvin. lib.4, Instit, cap.3.sect.I.). 즉 그는 신의 은총을 통해서 구원의 선택을 받으려는 신자들이 자발적으로 신앙공동체를 형성해서 복음의 뜻대로 교회를 이끌기 위해 합의에 의해 그들의 대표자인 長老(elder)를 선출하는 교회통치방식을 현세의 정치질서에도 적용하려고 하였다. 칼빈은 이와 같은 교회통치방식을 세속질서에 엄격하게 적용하려고 하였는데(103) 그것이 이른바 제네바에서의 칼빈의 엄격한 神政政治의 시행이었다. 이러한 칼빈의 통치방식에 의하면 통치자는 신앞에서 神意에 따라 지상에 복음을 실현하고 國利民福을 증진시킬 것을 서약하고 신으로 부터 지상에서의 신의 주권을 代行받으며(지배관계의 구축), 또 일반 민중들은 公義로운 통치자에게 절대 복종할 것(無抵抗의 의무)을 신앞에 公約함으로써 복종관계가 형성된다고 하였는데 Althusius는 이와 같은 神政政治이념에 입각한 칼빈의 엄격한 지배-복종관계와 臣民의 無抵抗의 의무론에는 반대하면서 통치자(정부)와 인민간의 관계는 古來의 자연법의 원리에 따라 "상호 평등한 의무"(obligatio mutua)의 관계위에 설정될 것을 주장하였다.(104) 따라서 상호의무가 適法하게 실현될 수 없는 비상시에는 인민은 정부나 국가없이 존재할 수 있어도 정부와 국가는 '국민'(Staatsvolk)없이는

---

(103) 칼빈의 교리가 서구 정치사상사에 미친 영향을 참조하려면 본 논문 제3장 1절의 註)55등 참조할 것.

(104) Hans Helmut Eßer, Calvin Und Althusius. Analogie und Differenz ihrer politischen Theorien, in: Politische Theorie des Johannes Althusius, S.169-175, 182-185.

서울대학교

존재할 수는 없다고 하였다(populus sine principe esse potest, sed princeps sine populo nullus[105]). 이런 점에서 Althusius는 Calvin의 신정정치 사상을 벗어나서 근대 사회계약사상의 효시를 이뤄 주고 있다고 Gierke는 평가하였다.[106] 또한 Brian Tierny도 Althusius는 전형적인 칼빈니스트 기독교 사상가가 아니라 그 어떤 특수한 신학적 전제로 부터 벗어난 순수한 합리적인 국가이론가 라고 평가하였다.[107] 그러나 F.S.Carney는 Althusius정치 사상의 입헌주의적 요소는 오직 Calvinism에 입각해 있다는 입장을 고수하였다.[108] 그런데 Althusius는 상술한 통치(지배)계약과 복종계약은 바로 신법과 자연법을 그 법원으로 하는 공생공동체의 법(ius symbioticum)으로 구현되며 또 이 共生體의 법은 공생공동체의 기본법을 구성하는 公(共)法(leges consociationis, lex communis)과 개별단체들의 다양하고 특수한 이해관계들을 규율하는 특수법(또는 固有法, lex propria)으로 구분된다고 하였다. Althusius의 공법이론은 로마의 私法人法(private corporation law)을 유추적으로 적용한 예가 많았다.[109] 로마의 사법에서 법인은 universitas로 表記되었고 법인은 전체구성원을 대표해서 독자적인 권리행사능력을 지닌 人格體로 보았다. 그래서 법인은 구성원이 바뀌어도 自己同一性을 지닌다고 여겼으며 이로 인해 13세기에는 법인은 擬制人(pseudo-man)이라고도 하였다. 그런데 고대법에서 국가이념은 법인이념보다 선행했으며 따라서 법인은 국가의 모델위에서(ad exemplum reipublicae)세워졌다.(cf. Dig.3.4.1.2.) 그러나 중세교회법 학자들이 로마의 법인법을 수정해서 중세의 국가제도를 정의하는 사례가 많았는데 교회법박사인 Althusius는 이러한 전례를 따랐다.[110] 한편 Dooyeweerd는 Althusius의 고유법개념을 '領域主權' (internal sphere-sovereignty)개념으로 설명하었다.[111]

---

[105] Politica(1614), cap.9, S.68.

[106] Otto von Gierke, a.a.O., S.77.

[107] Brian Tierney, op.cit., p.72.

[108] F.S.Carney, op.cit., pp.7-10.

[109] Brian Tierney, op.cit., p.72.

[110] Ibid, p.23; Politica(1614), c.19 §74ff, c.9 §16, c.38 §65ff.

[111] Herman Dooyeweerd, De Strijd om het Souvereinitsbegrip in de Moderne Rechtsen Staatsleer(Amsterdam: H.J.Paris, 1950), p.8; James W.Skillen, op.cit., p.176.

Althusius는 공생공동체의 특수한 개별단체(또는 특수법인들)들의 특수하고 다양한 사회적 기능은 Petrus Ramus의 第一法則《일명 正義의 원칙: '각자에게 제 몫을 주라'(suum cuique tribuere)는 Aristoteles의 분배적 정의의 원리를 라무스는 그대로 적용하였다.》에 따라 各己 양도할 수 있는 주관적 권리(the subjective right)를 지닌 각각의 법인단체들이 각기 고유의 분야에 종사하면서 神意와 公益(utilitas publica)을 위해 그들의 사회활동의 결실을 상호교환(communicatio)하는데 있다고 하였다. 이와 같은 나눔(交換)에는 재화의 나눔(communicatio rerum)과 활동의 나눔(communicatio operarum), 법의 나눔(communicatio juris), 그리고 도덕과 博愛의 나눔(communicatio concordiae et bennevolentiae)이 있으며, 이러한 나눔에 의해 사회적 결합이 이뤄 진다고 하였다.(112) 이처럼 Althusius는 국가(정부)를 포함한 모든 結社(계승할 法人團體의 성격을 지닌 모든 consociatio 또는 association)의 효력있는 존재 근거는 결사(또는 社團)구성원들의 동의(consensus)이며, 결사의 최종적인 큰 목적은 일반 복지이고 그 궁극적인 근거는 자연속에 구현되어 있는 바와 같은 세계의 신성한 명령(질서)(the divine order)이라고 하였다. 이와 같은 주장은 12세기 중엽이후 중세 교회법 학자 및 로마법학자들이 敎·俗의 주권이 본래 神으로 부터 나와 교회와 인민을 통해 행사된다(from God through people)라는 주장과 그 脈 같이 하고 있는 것이다.(113)

지금까지 고찰한 바와 같은 사회와 국가를 수립하는데 있어서 알투지우스의 정치사상 속에서 나타난 사회계약론적 요소와 통치(지배)계약론적 요소 및 자연법 사상의 편린으로 인하여 알투지우스는 Otto von Gierke에 의해서 근대최초의 사회계약론자요 세속화된 자연법에 토대를 둔 국가론자로 찬양되었지만 그러나 Jellinek를 비롯한 Ernst Troeltsch,(114) Erich Cassirer,(115) Karl

---

(112) Politica(1614), c.4 §8-11, §12-15, §16-22, §23.

(113) Vitoria, III. nr.4, 6-8; Soto, I.q.1.a.3; Gierke, a.a.O., S.67; Althusius, Politica(1614), c.1 nr.12, 32ff; c.19 nr.51ff, 67ff.

(114) Ernst Troeltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, Tübingen 1912, S.696.

(115) Erich Cassirer, Natur-und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919, S.92f.

Vorländer,[116] Friedrich Überweg,[117] Wilfred Buchholz,[118] Carl Heyland,[119] 그리고 그 누구보다도 C.J.Friedrich[120] 와 Ulrich Scupin[121] 등에 의해서 이러한 해석은 반대에 직면하게 되었다. 이들은 공히 Althusius의 사회계약론에 있어서 개인의 지위가 너무 약하거나 심지어는 전혀 언급이 안되어 있음을 지적하고 있다.[122] 즉 다시 말해서 Althusius의 사회계약론에서는 개인의 의사와 국가의 존재와의 관계가 다양한 중간단계의 공동체(사회)의 介入으로 인해서 매우 보호하게 되었다는 것이다.[123] 그러나 Eckhard Feuerherdt 가 지적한 바와 같이 이러한 해석들은 과도하게 현재적 입장에서 평가내리고 있다는 점을 배제하기 어려울 것이다. 비록 당대는 전술한 바와 같이 국가와 사회가 확연히 분리되어 있지 못한 상황에 있었고 또한 개인들이 공동체의 일원이라는 **有機體的** 사회관의 잔재로 인하여 오늘날의 법치국가 내지 입헌주의 국가에서 처럼 개인이 기본권을 향유하고 있지 못하고 있었더라도 당시적 현실에서 볼 때 알투지우스가 臣民들의 **諸團體**(Genossenschaft)의 동의와 협약을 **聖·俗**의 **事例**들을 들어 가면서 강조한 점과 그리고 공동체(사회)결성 자체가 자연법의 명령이라는 주장을 한 점은 후대의 사회계약론과 자연법론의 발전을 위해 매우 **發見者的 眞理**를 내포하고 있다고 보여진다. 그러면 여기서 잠시 알투지우스의 국가계약론에서 노정된 사회계약론과 통치계약론이 후대의 정치사상의 발전에 얼마만한 영향을 미쳐 주었는지 이에 관하여 검토해 보도록 하자.

---

(116)Karl Vorländer, Geschichte der Philosophie, II.Bd., 9.Aufl., Hamburg 1955, S.92.

(117)Friedrich Überweg, Die Philosophie der Neuzeit bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, 13. Aufl. von Max Frischeisen=Köhler und Willy Moog, Tübingen 1953, S.113f.

(118)Wilfried Buchholz, Rousseau und Althusius, Diss.Breslau 1922, S.2-3.

(119)Carl Heyland, Das Widerstandsrecht des Volkes gegen verfassungswidrige Ausübung der Staatsgewalt im neuen deutschen Verfassungsrecht, Tübingen 1950, S.39.

(120)C.J.Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk, S.LXV, S.LXXXIV, S.LXXXVII.

(121)Ulrich Scupin, a.a.O., S.641.

(122)Eckhard Feuerherdt, a.a.O., S.3-4.

(123)ebenda.

(i) 알투지우스의 17세기 영국의 입헌주의자들에 대한 영향

Brian Tierney, Carl J. Friedrich, 그리고 Dieter Wyduckel 등은 전술한 알투지우스의 사회사상과 정치사상을 立憲主義(Konstitutionalismus)사상의 범주안에 넣고서 알투지우스의 사회－정치사상이 17세기 영국의 입헌주의사상의 발달에 미친 영향을 비교·검토하였다. 따라서 알투지우스와 존 록크 및 존 밀톤 그리고 Harrington의 사상과의 비교가 간헐적으로 이뤄져 왔다.

Dieter Wyduckel은 「군주는 법으로 부터 자유롭다」(1979)에서 1690년에 영국의 명예혁명을 옹호하기 위해 발행된 존 록크의 「政府二論」(Two Treatises of Civil Government)에서 나타난 국가건설을 위한 二重契約論이 중세말의 로마법과 교회법의 원리 ― "만인에 관계된 것은 만인의 동의를 얻어야 한다"(Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet) ― 와 칼빈의 계약신학에 입각하여 사회계약과 통치계약론을 전개했던 알투지우스의 사상과 매우 흡사함을 지적해 주었다.[124] 또 그는 칼빈의 계약신학과 사회이론은 알투지우스의 정치사상의 중요한 토대를 이뤄 주었고 이러한 칼빈주의는 홀랜드와 스코틀랜드－John Knox－에 파급되었고 잉글랜드의 '淸敎派'(Puritans)들에게 퍼져 나갔다고 주장하였다.[125]

Brian Tierney는 「종교, 법, 그리고 입헌주의 사상의 성장 1150~1650」(1982)에서 중세 13세기 "Magna Carta"이래 영국에서 발전해 온 입헌주의 전통이 15세기 교회 대분열시에 John Gerson등의 公議會이론으로 전승되고[126] 또 16세기의 종교개혁기에는 알투지우스를 비롯한 유럽본토의 改革派교회의 정치사상가들에 의해 입헌주의전통이 보다 종교적으로 深化되었고 그것이 영국에 재수용되어 서구의 입헌주의의 전통을 보다 성숙시켰다고 하였다.[127]

한편 Carl J. Friedrich는 「정치이론의 발신의 테두리내에서의 요하네스 알투지우스와 그의 저서」(1975)에서 알투지우스와 밀톤은 공히 칼빈니즘의 폭군

---

[124] Dieter Wyduckel, Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts-und Staatslehre(Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 30) (Berlin: Duncker & Humblot, 1979), S.21-22; Gough, The Social Contract, S.126ff.

[125] ebenda.

[126] Brian Tierney, Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150~1650(Cambridge: Cambridge University Press, 1982), S.92-97.

[127] ebenda, S.71-75.

방법론의 전통에 서서 다음과 같이 상호 유사점을 노정하였다고 평가해 주었다. 곧 밀톤이 「자유공화국을 수립하기 위한 준비된 쉬운 길」(The Ready and Easy Way to Establish a Free Commonwealth)(1660)에서 "모든 정의롭고 자유로운 정부의 토대를 위해서 때때로 公務를 협의하기 위해 인민들로 부터 뽑은 가장 유능한 사람들의 總會가 있는데… 이 대총회속에 주권이 틀림없이 존재하고 있다"라는 서술은 Althusius의 「정치학체계론」(Politica)(1603) 제33장의 내용과 명백히 일치하고 있다고 지적해 주었다.[128]

또한 Friedrich는 알투지우스의 Politica의 체계속에 나타난 중세적 신분국가의 전통으로 부터 성장한 권력분립과 제한 정부론의 강조는 Locke에 의해서 완전히 인식되었고 법률상에 주어진 권력제한은 헌법의 기본원리가 되었고 그 후 이 록크의 원리는 Montesquieu의 3권분립론과 미국헌법의 정신으로 구현되었다고 주장하였다.[129] 뿐만 아니라 그는 1650년 영국 청교도혁명시에 발행된 James Harrington의 Oceana에서 나타난 混合政體(gemischte Verfassung)와 권력분립사상은 많은 점에서 Althusius의 주장과 유사점을 나타내고 있다고 하였다.[130]

(ii) 알투지우스의 J.J. Rousseau에 대한 영향

Otto von Gierke는 「요하네스 알투지우스와 자연법적 국가론의 발전, 법체계사에 대한 기여」(1880)에서 알투지우스의 계약이론이 종종 놀라운 유사성을 지닌 채 루쏘에 의해서 반복되었음을 주목하였다. 그래서 기에르크는 알투지우스를 독일의 루쏘라고 격찬하였다.[131] Robert Derathé도 「장 쟈끄 루쏘와 당시의 정치학」(1974)에서 이러한 기에르크의 해석에 동의하였다.[132]

이에 반해 Erik Wolf는 알투지우스는 신분적 질서를 대변하는 보수주의적 이론가요, 루쏘는 근본적으로 舊體制를 전복하려는 혁명적 이론가라고 애써

---

(128) Carl Joachim Friedrich, Johannes Althusius und Sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik (Berlin: Duncker & Humblot, 1975), S. 130-131.

(129) ebenda, S.131-132.

(130) ebenda, S.132.

(131) Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik (Breslau 1880), S.IV-VI.

(132) Robert Derathé, Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps, Paris 1974, S.92ff.

서울대학교

양자를 구분하려 하였다.[133]

Dieter Wyduckel은 루쏘가 1764년에 쓴 '山岳黨에 보낸 편지' (Lettres écrites de la Montagne)에서 알투지우스를 언급한 사례를 들어서 루쏘는 이미 알투지우스를 잘 알고 있었고 그리고 루쏘의 사회계약론 (일명 民約論) 은 기본적으로 알투지우스의 Politica에서 노정된 사회계약사상에 입각해 있음을 지적해 주었다.[134] 비록 알투지우스가 사회적 결합을 위한 계약당사자로서 루쏘가 주장한 바와 같은 개인이 아니라 작은 공동사회(consociationes) 내지 법인단체를 그 당사자로 인식하고 있었다 하더라도 그것은 양자간의 계약이론의 근본개념을 약화시키고 있는 것은 아니라고 하였다. 왜냐하면 양자간에는 사회계약의 목적이 사회적으로 유익하고 필요한 것으로 보이는 모든 것을 상호 共有할 권리와 의무를 지기 위한 사회적 결합에 있다는 데에 견해의 일치를 이루고 있기 때문이라고 하였다.

또한 사회계약이 일종에 사실적인 계약이나 또는 假定上의 계약에 관계하고 있는가 하는 문제에 있어서도 두 사람간에는 커다란 일치가 이뤄져 있다고 하였다. 즉 루쏘와 알투지우스는 공히 계약의 約款은 결코 공식적으로 확립되어 있질 않고 일종의 묵시적인 합의에 입각해 있는, 이른바 발견자적 기능(heuristische Funktion)을 수행하고 있다는 데에 共感하고 있었다고 평해 주었다.[135] 그리고 양자간에는 사회적 결합체를 일종에 하나의 정신과 마음으로 결합한 통일체로 보려는 데에 있어서도 일치를 이루고 있다고 하였다.[136] 곧 알투지우스가 Politica, cap.II, Nr.8-11에서 하나의 공동의사에 의해 결합한 共生共同體員들(symbioten)이 마치 한 몸(corpus) 내지 한 사람(persona)로 보인다(symbiotici pro una persona reputantur)고 서술한 바처럼 루쏘도 하나의 구속력있는 요소인 일반의지(volonté générale)에 의해 사회전체가 결속됨을 주장했기 때문이다. 이 일반의지 내지 공동의사(Gemein Willen)는 더이상 개인의지로 직접 환원될 수 없고 또한 공동체의 존속을 위해서 포기될

---

(133) Erik Wolf, Johannes Althusius, in: ders., Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963, S.177-219.

(134) Wyduckel, 'Althusius -Ein Deutscher Rousseau? Überlegungen zur politischen Theorie in vergleichender Perspektive', in: ders., Politische Theorie des Johannes Althusius(Berlin: Duncker & Humblot, 1988), S.493.

(135) ebenda, S.469.

(136) ebenda, S.470.

서울대학교

수도 없다고 루쏘는 주장하였다.[137]

양자는 사회적 결합에 의해 형성된 大단체를 法人(社團)으로 보려 한 점에서도 일치하였다. 곧 알투지우스처럼 루쏘도 계약체결로 등장한 전체성원을 하나의 도덕적·집단적 단체(corps moral et collectif)로서, 하나의 公法人(personne publique)으로서, 또는 보다 적절히 말해서 共同自我(moi commun)로 보았다.[138] 사회계약의 動因에 관해서도 양자는 인간의 자연적 사회성(die naturliche Soziabilität) 내지 인간의 바른 이성이 사회적 공동생활로의 길로 이끌었다고 주장한 점에서 견해의 일치를 보였다. 그러나 개개 인간이성의 독자성을 보다 강조한 점에 있어서는 루쏘가 알투지우스 보다 개인주의적 합리주의적 사고경향에서 앞섰다고 보여진다.

또한 양자는 主權 — 루쏘의 경우는 일반의지 — 으로 부터 발생한 통치권한을 통치권자에 귀속시키질 않고 공동체속에서 조직화 된 국민(regno seu populo, Reipublicae et populo)에게 환원시킨 소위 국민주권 내지 주권재민론의 주장에 있어서도 견해를 같이 하였다.[139] 곧 알투지우스는 이 주권의 권한(Souveränitätsrechte)은 국민속에 그 근거를 지니며 또 국민으로 부터 發端된 것으로서 그것은 나눌 수 없고 양도할 수도 없는 것이고(individua et incommunicabilia) 그래서 만일에 이 주권의 권리가 무효화 되거나 또는 그 권리가 공동체와 분리되어 있을 때에는 그 공동체는 몰락하게 된다고 주장하였음에 비해서[140] 루쏘도 주권은 직접 일반의지에 기인하고 또 이 일반의지는 공동체 — 루쏘는 이를 'République'이라 칭하였는데 이 République는 또 한편으로 공동체성원들에 의해서 소극적으로는 Etat로, 그리고 적극적으로는 주권자(Souverain)로 일컬어 지고 있다고 하였다[141] — 의 존립을 위해 매우 중대한 의의를 지니고 있기 때문에 "결국 주권이란 결코 빼앗길 수 없는 일반의지의 행사에 지나지 않는 것이다" (Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner…)라고 주장했다.[142] 따라서 양자는 공동체의 구성과 조직면에서 다음과 같이 견해의 일치를 노정하였다. 즉 첫째로 양자에게 있어서 공동체는 애당초 부터 독자적으

---

(137) J.J. Rousseau, Contrat Social, liv.I, chap.7, S.363.

(138) Contrat Social, liv.I, chap.6, S.361.

(139) Althusius, Politica, ed. 1603, Bl. 4vf.=Politica, ed. 1932, S.5.

(140) ebenda.

(141) Rousseau, Contrat Social, liv.I, chap.VI, S.361f.

(142) Contrat Social, liv.II. chap.I, S.368.

로 구성된 것이 아니고 — 예컨대 神의 창조계획의 일환으로서 말이다 — 공동체원들(associés) - 이를 루쏘는 집단적으로는 인민(peuple)으로 일컫고, 특히 주권자의 권위에 참여할 때는 시민(citoyens)으로, 그리고 국가법에 복종할 때는 臣民(Sujets)으로 일컬었다 - 의 사회적인 총결합에 의해 성립된 것이었고 둘째로, 개인(singuli) 또는 특수인(particuliers)으로서의 계약체결자들은 항시 사회 또는 공동체 속에 편입되어 있을 시에만, 즉 다시 말해서 사회적 공동생활의 구성분자로서 활동하고 있을 때에만 개인 또는 특수인으로서 진가를 발휘하게 되며 국가의 최고권력(主權)은 바로 이 조직화된 국민전체 속에 不可分的이고 또 빼앗길 수 없는 속성을 지닌 채 놓여 있다고 주장한 점에서 그러하였다. Dieter Wyduckel은 Otto von Gierke가 알투지우스와 루쏘를 상호 접근시키려고 고취한 동기도 바로 이러한 유사점 때문이었다고 평가해 주었다.[143]

그런데 국민과 정부와의 관계에 대한 설명에 있어서는 양자는 견해차이를 노정하였다. 즉 루쏘는 국민과 정부와의 관계를 계약의 관계로가 아니라 주권자의 일방적인 법률행위로 인식하려 하였고, 즉 다시 말해서 루쏘는 계약의 범주를 최초 사회적 공동생활의 구성시에만 한정하여 국가내에서의 정부구성과 통치권자의 임명을 계약행위가 아니라 주권자의 일방적인 법률행위로 간주했음에 비해 — "국가안에는 계약이 존재하지 않는다. 계약은 오직 사회결합을 위한 것일 뿐이다. 따라서 또다른 公共契約을 상정하는 일은 최초 계약정신의 위배이다" (Il n'y a qu'un contrat dans l'Etat, c'est celui de l'association; "et celui-là seul en exclut tout autre. On ne saurait imaginer aucun Contrat public, qui ne fut une violation du premier.")[144] — 알투지우스는 어디까지나 정부의 임명은 계약에 의존해 있다는 입장을 표명하였다. 그는 이 두번째의 계약은 최초 공동체형성을 위한 최초계약(사회계약)과는 달리 주권자의 지배권의 조직상의 内部分化(Binnendifferenzierung)에 기여하는 委任契約(contractus mandati; Mandatsvertrag)이라 칭하였다.[145] 그는 身分國家 당시에 지배권 제한사상으로 기여해 왔던 통치계약이론에 民法上의 범주들을 招致하여 이를 위임계약이라는 말로 재해석해 주었다. 이러한 위임계약에 의해 재단체 및 법인조직의 성원으로 편성된 국민들이 전체권력의 원래의 지배자(dominus)로 군림하게 되었다. 따라서 정부는 국민으로 부터 위임받은 통치권을 독자

---

(143) Otto von Gierke, Althusius, S.201; D. Wyduckel, a.a.O., S.475.

(144) Rousseau, Contrat Social, liv.Ⅲ, chap. XVI, S.433.

(145) Althusius, Politica, cap.XIX, Nr.6, S.328f.

자인 권한이 아니라 타인의 권한(ein fremder Rechte)으로 행사해야 한다고 주장하였다. 따라서 이 위임계약에 의하면 국민이 최고 정무관에게 위임한 권리(권한)는 국민의 권리보다 작으며 또한 그 권한은 고유의 권한이 아니라 분명히 타인의 권한이었다.("Deinde apparet ex hoc contractu, jus summo magistratui a populo datum, esse minus populi jure et alienum, non ipsius proprium.")[146] 이러한 입장의 차이 때문에 알투지우스는 국민과 정부사이에 중간기관으로서 국민의 대표기관이 존재할 여지를 남겨 놓았으나 — 실제 그는 국민들의 대표기관의 성격을 띤 중간기관으로서 Ephoren의 역할을 인정했다 — 루쏘는 주권속에 구현된 일반의지는 위임될 수 없다는 입장에서 그 어떤 국민의 대표기관이나 대표적 지위를 용인하질 않았다.[147] 곧 루쏘는 "주권은 양도될 수 없는 고로 대표될 수 없으며 또 주권은 근본적으로 대표될 수 없는 일반의지속에 있기 때문에 주권은 그 어떤 독자성을 지닌 두가지 상태로는 존재할 수는 있어도 결코 중간적인 속성을 지닌 상태로는 있을 수 없다. 그러므로 국민의 위임자(députés)는 국민의 대표가 될 수가 없고 단지 그 위임자는 그 어떤 결정적인 것을 내릴 수 없는 위원(commissaires)은 될 수 있다"고 하였다.(原文 : "La Souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement.")[148]

그런데 국민의 대표기관이 공동체내에 존재하고 있지 않을 때에는 알투지우스는 국민스스로가 결정할 수 있는 여지를 철저하게 남겨 놓았음에 비해 루쏘는 인민지배의 보편적 현상에는 다소 의구심을 지니고 있었던 것으로 보인다. 루쏘는 인민의 직접적 지배실현의 기회를 단지 인민들이 집합하기 쉬운 작은 공동체내에서 보았다.[149] 그런데 루쏘는 인민의 대표제 전반에 대해 철저하게 반대한 것은 아니었다. 그도 단순한 집행권의 분야에 있어서는 국민의 대표의 필요성을 실제로 인정했기 때문이다.[150]

---

[146] Althusius, Politica, Nr.4, S.327.

[147] Rousseau, Contrat Social, liv.III, chap.XV, S.429f; Wyduckel,a.a.O., S.477.

[148] Contrat Social, liv.III, chap.XV, S.429f.

[149] ebenda, chap.IV, S.405.

[150] ebd. chap.XV, S.430.

이러한 국민의 대표기관의 존재에 대한 두사람간의 입장차이에도 불구하고 양자는 전체국민에 대한 정부의 권한을 가급적 제한하려한 성향에 있어서는 유사점을 보였다. 이러한 전제에 의하면 알투지우스와 루쏘에게 있어서는 공히 국가형태와 정부형태와의 전통적인 구분은 크게 그 중요성을 잃고 있었다. 왜냐하면 궁극적으로 그 누가 주권을 행사하는가 보다는 누가 주권을 소유하고 있는가 하는 점이 두 사람에게 중요하게 여겨졌기 때문이다.(151) 곧 알투지우스는 Politica, cap.XXXIX, Nr.3에서 모든 종류의 정부관의 권한과 행정에 있어서의 주권은 항시 인민들에게 존재한다("Jura majestatis semper, in omnibus speciebus magistratuum et in omnibus administrationibus, sunt populi⋯ ")라고 천명하였음에 비해 루쏘는 "나는 국가안에 그 어떤 강력한 정부형태가 존재한다 하더라도 법에 의해 통치되는 국가는 모두 république이라 칭하겠다

그리고 나는 귀족정이나 민주정을 단지 정체의 基調(Mot)에 의해서만 이해하지 않는다. 일반적으로 모든 정부는 일반의지―이것은 법이기도 하다―에 의해 통솔된다고 믿는다. 때문에 정부가 통치권자―그도 결국은 한 사람의 관리이지만―와 일치될 필요가 없다는 일은 정당하다. 바로 이처럼 정부가 최고통치권자와 일치하지 않는 군주정이 공화정이다." (J'appelle donc république tout Etat régi par des lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être. Je n'entends pas seulement par ce mot une Aristocratie ou une Democratie, mais en général tout gouvernement guidé par la volonté générale, qui est la loi. Pour être légitime il ne faut pas que le Gouvernement se confonde avec le Souverain, mais qu'il en soit le ministre: alors la monarchie elle-même est république.)(152) 라고 자신의 입장을 표명하였다.

지금까지 고찰해 본 알투지우스와 루쏘의 기본적인 사회사상과 정치사상의 對比에서 양자는 공히 사회계약론에서 출발했어도 政體의 형태나 운영방식에는 차이를 드러내고 있음을 알 수 있다. 즉 루쏘는 가능한 한 최대로 직접적인 국민에 의한 지배론을 주창하고 있음에 비해 알투지우스는 대표제적―제한제적 지배형태(repräsentativ-gemäßigten Herrschaftstypus)에 우선권을 두고 있음을 볼 수 있다. 양자는 최종적으로 다음과 같은 점에 있어서는 일치하였다. 즉 전체 공동체의 성원에 대해 정부의 지위는 그 어떤 독자적인 지위가 아니라 단지 의존적인 지위만을 부여받아야 한다는 점에 있어서 말이다.

---

(151) Wyduckel, 'Althusius -Ein Deutscher Rousseau? Überlegungen zur politischen-Theorie in vergleichender Perspektive', S.479.

(152) Contrat Social, liv.II, chap.VI, S.380.

그렇지만 개별적인 면에서 볼 때 루쏘는 일부 플라톤사상과 아리스토텔레스의 공동체사상 및 Ramus의 二分法的 方法論에 심취된 알투지우스와는 달리 데카르트주의를 철저히 활용하면서 사회이론과 사회계약이론면에서 급진성을 노정하였고[153] 또한 사회계약론의 정치이론적 基調면에서도 알투지우스는 칼빈의 政治神學(politische Theologie)에 토대를 두고 있어서 신학적 분위기를 다분히 풍기고 있음에 비해 루쏘는 계몽주의 시대의 脫宗敎的, 세속적 내지 합리주의적 사조에 기원을 두고 있어서 보다 근대적인 정치·사회이론에 접근해 있음을 강하게 느낄 수 있다.

지금까지 알투지우스의 계약사상과 Locke를 비롯한 17세기 영국의 입헌주의자들의 정치사상 및 18세기 프랑스의 J.J. Rousseau의 사회계약론을 비교 검토해 보았는데 여기서 알투지우스의 국가계약설 — 사회계약과 통치계약이라는 2중계약에 의한 국가권력의 창출과 그리고 이 국가권력을 제한 내지 분립시키려는 이론 — 이 록크의 자연법적 국가론의 선구를 이뤄 주었고 또한 장 쟈끄 루쏘의 사회계약론의 선도자적 역할을 수행했음을 알 수 있을 것이다.

비록 Gierke가 평가해 준 바대로 알투지우스를 독일의 루쏘로 단도직입적으로 치켜 세우기에는 양자간의 시대적 여건과 기본 입장상의 괴리로 인하여 문제점이 없는 바는 아니나 그러나 Wyduckel과 그밖의 「요하네스 알투지우스 협회」(Johannes Althusius Gesellschaft) 소속원들이 시사해 주고 있는 바와 같이 알투지우스를 근대 자연법과 사회계약론에 토대를 둔 국가론 및 입헌주의적 국가론의 선구자의 대열속에 포함시키려 한 점은 매우 합당한 일로 여겨진다.

---

(153) Dieter Wyduckel, a.a.O., S.492.

4. 聯邦國家論

알투지우스는 국가의 연방적 구성(consociatio et confoederatio of consociationes universales)에 대해 Politica 제1판의 c.7과 Politica 제2판의 서문, 그리고 Politica 제3판의 c.17 §25~33에서 거론하였다. 특히 Politica 제2판의 서문에서 국가의 주권의 주체인 국민전체가 여러 大小自治體 또는 社團들로 부터 결합된 연방구조 속에서 단일주민을 구성하고 있는 국가구조에 관하여 피력하였다(populus universus in corpus unum symbioticum ex pluribus minoribus consociatus). 그런데 Gierke는 알투지우스의 연방개념은 독일연방(Bundesstaat)과 같은 개념에는 못 미친 개별국가의 다소 엉성한 상징적 결합인 「국가연합」(confederation of state 또는 Staatenbund)의 성격에 더 가깝다고 평가하였다. 한편 C.J.Friedrich, F.S.Carney, P.S.Gerbrandy, 그리고 Brian Tierney등은 알투지우스를 서구 근대 최초의 "federalist"로 평가하였는데 매우 설득력이 있어 보인다. 왜냐하면 B. Tierney가 분석해 준 바와 같이 연방체제는 반드시 「基本法」(the fundamental law)과 공통의 주권개념을 지니고 있어야 하는데 Althusius는 그의 연방구조 位階의 최상에 summus magistratus (최고 정무관)－그에게 있어서 최고 정무관은 신성로마제국의 황제였다－이 있음을 주장했고, 또 연방국가 전체에 공동으로 적용할 수 있는 ius symbioticum'(共生 共同體의 基本法)을 주장했기 때문이다. 그러나 한편 그는 연방제를 구성한 개별 특수법인들의 양도할 수 없는 主觀的 權利(個別 主權)를 강조함으로써 Althusius의 연방국가 사상은 Gierke가 평가해 준 바와 같이 「國家聯合」의 성격을 전혀 배제할 수 없는 딜렘마에 놓여 있다. 이러한 딜렘마는 16~17세기의 독일의 憲政秩序가 二元的 國制(dual constitution)의 양상을 못 벗어난 당대 현실과 사상의 반영으로 여겨진다. 한편 이와 같은 Althusius의 연방국가 사상에는 1579~1581년 Netherland 7州가 스페인으로 부터 정치적·종교적 독립을 쟁취하여 네델란드 연방을 구성한 史例가 커다란 영향을 주었을 뿐만 아니라[154] 그 밖에 Josias Simler의 》De republica Helvetiorum libri duo《(Zurich, 1576)에 나타난 스위스의 도시 공화국을 위한 정치사상에도 적잖은 영향을 받았다. 그리고 그는 이러한 연방국가의 구성원들은 개인들이나 "私團體"(

[154] Politica(1614), c.17 §25-33; c.33 §122-136; B.Tierney, op.cit., pp. 55-56; John Neville Figgis, Studies of Political Thought from Gerson to Grotius 1414~1625(Cambridge, 1923), p.175.

collegia privata)가 아니고 하나의 조직체로 단결해서 통합할 것을 동의한 市들(civitas, 또는 Stadtgemeinde)과 州들(provincia, 또는 Territorium, Land)이라고 하였다. 즉 이러한 聯邦體를 구성한 국가의 내부구조는 가족과 collegia(길드, 대학, 교회와 같은 법인단체들)와 같은 單純·私的 法人"(consociatio simplex et privata)들을 그 안에 포함하고 있는 여러 꼬뮨(도시 자치체)들과 州(란트)들과 같은 大政治的·領域的 自治體 또는 社團(politeuma)들이 位階的 秩序(hierarchy)下에서 混合的·公的 社團(consociatio mixta et publica)으로 통합되어 있다고 하였다. 이처럼 諸 특수사단 또는 自治體들이 위계적 질서하에서 단일 연방체를 구성하고 있는 국가구조의 특성을 묘사해 준 점은 Althusius 정치사상의 卓見이라고 Michel Villey는 칭찬해 마지 않았다.[155] 또 그는 이처럼 정치사회 구조가 위계적 질서하에 있다는 생각은 Althusius가 사회를 역할과 기능면에서 분화된 有機體로 보았던 Aristoteles의 사회관을 여전히 반영하고 있음을 보여 준다고 하였다.[156]

이 연방국가 체제 내에서 小共同體가 中·大共同體로 통합되어 연방체를 구성할 시에 Althusius는 이 小공동체들은 법인(universitas, corporation)으로서의 독자적인 권리와 集團的 人格(a collective personality)을 간직한다고 하였다. 그러나 이들은 최고 公法人인 국가(consociatio symbiotica universalis) — 또 그는 국가를 'regnum'(왕국), 'res publica maior'(大 共和國), 'populus universalis'(전체 인민)등으로 다양하게 호칭하였는데 그것은 아직 독일제국의 憲政(Verfassung)현실이 英·佛처럼 중앙집권화 된 민족통일 국가를 이룩하지 못 하고 多元化된 사회 내지 정치세력들로 分化되어 있었기 때문인 것으로 보인다 — 와는 달리 主權을 못 지니며 — 이는 vicus, pagus, oppidum, 그리고 territorium 등의 정치적·영역적 社團들에 공히 해당된다고 하였다 — 국가의 기본법과 공동의사(또는 공동주권)에 통치를 받는다고 하였다.[157] 그러나 이들 大小 公法人들은 각기 소속한 전체주민들의 합의에 의해 그들의

---

[155] Michel Villey, La Formation de la Pensée Juridique Moderne. Cours d'histoire dela Philosophie du Droit(Paris: Lee Editions Montchretien, 1975), pp.581-582.

[156] Ibid, p.582.

[157] Politica(1614), c.2 §2-13.

서울대학교

대표들을 선출하고 또 이 대표들은 주민들로 부터 위임된 권한을 의결하고 집행하기 위해 대표자 회의(council,Rat)-이른 바 身分會議(Stände)-와 집행부, 그리고 행정관(magistratus)을 구성한다고 하였다. 그는 이 행정관들을 "major singulis, minor universis collegis"(개인보다는 크고 大단체보다는 작은 者)라고 정의하였다.[158] 즉 이들 행정관들은 공동체 전체 성원들 보다 권한이 작지만 그러나 공동체 구성원들 각자에 대해서는 권한이 더 크다고 하였다. 그리고 이들 각 자치체의 최고 행정관들이 권력을 남용했을 경우에는 이에 대해 자치체의 성원들은 그들의 대표자 회의를 통해서 抵抗權(ius resistendi)을 행사하여 그 행정관들을 辭任(또는 退位)시키거나 심지어는 그가 暴君(tyrannus)일 경우에는 適法한 절차를 거쳐서 處刑할 수도 있다고 하였다.[159] 이러한 저항권 문제는 본 논문 제3장 7절에서 보다 구체적으로 논해 보려 한다. 그런데 Althusius가 보편적 公共社會(universalis publica consociatio)인 연방국가의 구성원이 개인이 아니라 여러 公的 團體(consociatio publica)인 諸 中小 정치집단이라고 본 점은 Mesnard와 Erik Wolf가 共히 지적한 바와 같이 게르만의 단체법(Genossenschaftsrecht)사상이 반영되어 있다고 보이진다.[160] 물론 Althusius의 사회-국가론의 基調는 칼빈의 제네바型의 自足的인 共和國 聯邦이 그 토대를 이루고 있지만 말이다.[161] 그러나 이와 같이 사회와 국가 이론에 있어서 genossenschaftlich한 입장으로 인하여 Gierke가 알투지우스를 최초의 사회계약론자로 부각시키려 한 점은 C.J.Friedrich, Erik Wolf, Ulrich Scupin 등이 지적한 바와 같이 한계점을 노정하고 있는 것이다. 그러므로 알투지우스의 국가론을 Hobbes의 Leviathan에서 나타난 바와 같은 개인주의적·합리주의 국가론의 범주속에 포함시키는 것은 무리로 여겨 진다.[162] 그런데 알투지우스의 연방국가론은 그 스스로도 Politica(1614), cap.XXXIX, 1: Summus magistratus polyarchius에서 자주 언급한 바와 같이 군주국과 민주정과도 구분되며 또한 과두정(oligarchie)과도 구분되는)Polyarchie((多頭政治)-Laski

(158) ebenda.

(159) Politica(1603), XIV; Politica(1614), XVIII, 62,73.

(160) Erik Wolf, Grosse Rechtsdenker. Der Deutschen Geistesgeschichte, 6 Kapitel, 'Johanes Althusius", Tübingen 1963, S.188, S.201.

(161) Frederick S. Carney, op.cit.,pp.viii-ix.

(162) Erik Wolf, a.a.O., S.189.

서울대학교

가 주장한 바와 같은 多元社會 내지 多元國家(pluralistic society & state)의 모습을 지닌—의 특성을 지니고 있다.[163]

본래 연방적 결합을 이룬 사회전체의 구성은 Nicolas Cusanus의 '통일체 내에서의 有機的인 결합과 구성원의 상대적 독립'(organic articulation in unity and a relative independence of members)에 의해서 主唱되었는데 Althusius는 의식적으로 특히 Bodin에 의해 定式化된 主權개념의 中央集權化의 의미에 반대하기 위해 이를 강조하였던 것이다.[164] 이러한 연방공화국 이념은 Montesquieu, Rousseau, 그리고 Kant에 계승되어 발전하였다. 또한 알투지우스의 연방제 개념은 칼빈에서 볼 수 있는 바와 같은 현정질서의 수호라는 방어적 차원에서 주장되었다.[165] 즉 칼빈에게 있어서 이 연방 내지 연합(foedus)이념은 보편교회 속의 自足的인 'congregations'(信徒會)를 연합할 필요에 의해서 주장되었는데 알투지우스는 이러한 칼빈의 계약신학 사상과 스위스 연방 및 네덜란드 연방에서 터득한 'genossenschaftlich'한 도시 공화국 이념과 게르만의 團體法사상을 접목시켰던 것이다.[166] 그는 上記 자유 도시공화국의 이념과 현실을 그가 한창시절을 보냈었던 스위스의 Basel市의 자유로운 도시 분위기에서 터득했으며 칼빈의 계약신학은 Genf에서의 칼빈의 神權政治의 현실을 직접 체험한 데에서 섭렵하였으며 그리고 그의 연방국가 이념은 자신이 몸소 北歐의 Genf로 알려진 Emden市의 Syndikus職을 역임하면서 이 市를 東Frisland의 루터파 영방군주인 Enno백작의 종교적 탄압으로 부터 해방시키려는 노력의 일환에서 당시 스페인으로 부터 분리·독립투쟁을 전개하고 있었던 네덜란드 의회와 친밀한 관계를 유지하면서 이곳으로 부터 자유공화국의 이념과 연방주의 사상을 크게 섭렵하게 되었던 것이다.[167] 그가 그 얼마나 네델란드의 자유투쟁으로 부터 크게 고무받았는가 하는 점은 1614년에 지은 Politica 제3판을 네델란드 연방의 일원인 Frisia 신분회에 기증한 점에서도 잘 알 수 있다. 그런데 다음에는 이 연방국가 내에서 주권의 소재 및 행사방법 그리고 국가의 기능등은 어떠하였는지 주권론의 입장—보다 근대적 의미로 말한다면 국민주권론의 입장—에서 구체적으로 고찰해 보도록 하자.

---

(163) ebenda, S.196.

(164) Frederick S. Carney, op.cit., p.viii.

(165) Ibid, p.ix.

(166) Pierre Mesnard, L'Essor de la Philosophie Politique au XVIe Siecle(Paris, 1977), pp.507-550.

(167) F.S.Carney, op.cit., p.viii.

서울대학교

5. 國民主權論

국가의 연방적 구조에 관해 거론한 그는 국가의 최고권 또는 국가최고의사 결정권인 主權(jus regni, jus majestatis)에 관해 Politica(1603), cap.7. De jure majestatis regni ad disciplinam publicam externam pertinente와 cap.8. De jure majestatis regni ad socialis vitae commoda comparanda & incommoda avertenda pertinente, cujus species quatuor explicantur 및 Politica(1610, 1614), cap.11. De speculari jure seculari majestatis에서 다음과 같이 정의하였다. "…주권은 왕국이나 공화국의 성원들의 육체와 영혼의 안녕과 보호를 최대로 보장해 줄 수 있는 최고권이다…" (potestas praeeminens et summa universalis disponendi de iis, quae universaliter ad salutem curamque animae et corporis membrorum Regni seu Reipublicae pertinent).

그러므로 주권은 Jean Bodin이 옳게 생각한 바와 같이 국가공동체의 본질적인 특징이고 그것은 육체속의 정신처럼 엄밀하게 하나이고 不可分的이다. 그러나 그것은 보당이 추론한 바와 같은—보당은 그의 「국가론」에서 주권은 시민과 臣民을 초월한 최고권이며 법의 구속을 받지 않는다 라고 천명하였다—그러한 최고의 권력은 결코 아니다. 왜냐 하면 그것은 神의 권능밑에 놓여 있기 때문이다. 그래서 주권은 절대적이 아니며 법적 제한에 의해 구속을 받는다. 비록 그것이 강제의무와 처벌에 관한 한 실정법으로 부터 免除되어 있는 것처럼 보이더라도 말이다. 그런데 이 제한된 주권도 그 어떤 국왕이나 貴族會(assembly of optimates)에 속하지 않으며 그것은 전체 주민에 의하여 생성되고 유지된다고 하였다. 그러므로 Hermann Rehm은 주권론에 있어서 Althusius의 공헌은 주권의 主體(Subjekt)와 담당자(Träger)를 구분한 점이라고 평가해 주었다. Althusius는 주권의 주체는 공동체 전체 또는 인민 전체(Volksgesammtheit, populus in corpus unum)라고 하였고, 주권의 담당자는 최고 정무관(summus magistratus)을 위시로 한 권력행사를 위탁(위임)받은 행정관들(magistrati)이라고 하였다.(168) Althusius는 개인들 자신은 물론 被治者(Untertanen)이지만

---

(168) Hermann Rehm, 'Geschichte der Staatsrechtswissenschaft', in:Handbuch Oeffentlichen Rechts der Gegenwart(Freiburg & Leipzig, 1896), S.236. Also, Politica(1603), IX, 22; Politica(1610), Vorrede; C.J.Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk(前揭), S.135-138.

서울대학교

주민전체(die Gesammtheit)는 통치권자이다 라고 하였다. 또한 로마법(Pandekten)에 … "quod universitati debetur, singulis non debetur."(역: 社團全體가 진 빚은 개인은 물지 않는다. 또는 社團의 중요 문제는 개인이 아니라 법인 전체의 의사에 따른다)라고 씌여진 바 처럼 모든 주권의 행사는 반드시 공동합의를 이룬 전체 성원(universa membra de communi consensu)에 의해서 이뤄져야 한다고 하였다. 또한 전체 주민은 주권의 권리(ius majestatis)를 빼앗길 수도 없고 또 포기할 수도 없다고 하였다. 왜냐하면 주권은 정치공동체의 靈魂이고 생명의 호흡과 같은 것이기 때문에 마치 어떤 사람이 자기의 생명을 남에게 내어줄 수 없는 것과 같이 이 주권을 다른 主體에게 양도할 수 없다고 하였다.(169) 그러나 주권은 그 주권의 권리행사를 여러 다양한 '主體들'에게 위임(delegate)하거나 또는 분산 시킬(distribute)수는 있다고 하였다.(170) 또한 그는 그의 정치학 체계를 수립할 시에 어떻게 자연법과 이성적 사회계약 및 신의 은총적 선택에 의해 다양하게 구성된 인간공동체인 국가안에 통일되고 그리고 실제로 관철할 수 있는 권력이 존재할 수 있을까? 라고 반문하였고 더욱이 국가가 자율적인 법률제정권(Satzungsgewalt)을 지닌 다수의 법인단체로 구성되었다면 어떻게 이러한 권력이 성립될 수 있을 것인가? 라고 문제를 제기하였는데 그는 이 문제를 칼빈의 공동체질서(Gemeindordnung)론과의 직접적인 관련속에서 대답하고자 하였다. 곧 신앙공동체 내에서 神만이 主이시고 또한 신앙공동체는 우리 눈에는 보이지 않지만 그러나 항시 顯在하고 계시는 말씀으로서의 그리스도에 의해 통치되고 있기 때문에 그 누구도 그 어떤 한 사람에게 타인에 대한 최고의 권력을 양도할 수가 없다. 主權은 오히려 神의 공동체의 眞髓로서의 인민에게 있다.(171) 그는 또 이러한 사상을 지원하기 위하여 로마법, 즉 Digest I,I,19(quod quisque populus ipse sibi ius constituit)(역: 왜냐하면 그 누구나 스스로 법을 제정하기 때문이다.)에 의존하였고 또한 Digest I,4,I(quod principi placuit legis habet vigorem): }utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat{(역: 군주가 좋게 여기는 것은 법으로서의 효력을 지닌다. 왜냐하면 인민은 국가통치권 또는 大命令權(imperium)에 관해 제정한 王法(lex regia)에 의해 왕에게 모든 인민의 통치권과 권한을 양도했기 때문이다.)을 이러한 의미

---

(169) Politica(1603,1610)의 序文 參照. 또한 Politica(1610), c.38 §125-129 참조.

(170) Politica(1614), c.18 §15, 84, 104, 123-124; c.38 §125-129.

(171) Politica(1614), c.XXVIII; Erik Wolf, Grosse Rechtsdenker(前揭), S.193.

서울대학교

로 해석하였다.[172]

개혁파 교회신앙을 지닌 Althusius에게 있어서 권력은 항시 神으로 부터 유래하며 인간에 의한 인간에 대한 권력행사는 이웃에 대한 봉사인 것이다.[173] 그런데 권력행사가 이웃에 대한 봉사로 받아 드려질 경우란 오직 神으로 부터 의도되고 또한 자연적으로 형성된 생활공동체 내에서의 高位秩序와 下位秩序의 기본관계가 모든 관련자들의 同意에 입각할 때에만 타당할 수 있는 것이다. 이러한 권력은 항시 善하나 그러나 이 권력을 소유한 사람들에 의해 惡用될 素地가 있다. 권력은 또한 Althusius에게 있어서는 생활공동체 — 神意에 의하고 자연스러운 — 의 질서의 표현이었다. 그런데 알투지우스는 특히 권력과 이것의 지배는 항시 일종의 》他 권력(aliena potestas)《의 행사라는 점에 특별한 가치를 두었다. 왜냐 하면 Althusius의 Politica의 목적은 다음과 같은 점을 입증하는데 있었기 때문이었다. 즉 보당이 매우 인상적으로 서술했던 主權의 현상이 결코 어느 한 개인, 즉 군주 한 사람에게 고유한 것이 아니라는 점을 증명하는데 있었기 때문이다. 그래서 Althusius는 Bodin과 매우 다르게[174] 다음과 같이 正式化했다. …》Regni proprietas est populi, et administratio regis.《 (역: 국가의 소유권은 국민에게 있고 그 행정권은 왕에게 있다.)[175]…

알투지우스가 조직화 된 전체국민을 국가와 국가권력의 소유권자로 여기고 군주에게는 단지 그 행정권만을 부여해 주었을 때 그는 현저하게 Aristoteles와 Cicero 및 Augustine에 의존하였다.[176] 곧 Althusius는 오직 국민만이 또는 국가안에서 통합된 구성원만이 최고권력(die souveräne Gewalt, ius regni)을 지니고 또 이에 대한 의무를 지고 있다고 서술하였다.[177] 이러한 주장은 결코 놀라운 일이 아니다. 왜냐 하면 그것은 말하자면 》consociatio《개념과 이

---

(172) Erik Wolf, a.a.O., S.193.

(173) P.S.Winters, Johannes Althusius in: Michael Stolleis, a.a.O., S.44.

(174) H.U.Scupin, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Theorie von Gesellschaft und Staat bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin, in: Politische Theorie des Johannes Althusius, S.154.

(175) Pol. IX,4.

(176) P.S.Winters, a.a.O., S.45.

(177) Pol. IX,16.

서울대학교

것의 신학적 근거로 부터 필연적으로 유래하였기 때문이다.(178) 그런데 Althusius가 여기서 국민에게 최고권력을 부여하고 또 실로 소유권(Eigentum)을 거부한 것은 전술한 바와 같이 그가 특히 칼빈개혁파의 신앙에 입각하여 국민을 神의 백성(als Volk Gottes)으로 여겼기 때문이었다.(179) 神의 백성은 신으로 부터 선택된 백성이고 또 이 선택은 신과 선택된 백성(민족)간에 체결한 契約(Bund)을 통해 발생한다. 이 계약—Calvin과 Althusius에 있어서는 pactum religiosum(종교 계약)으로 묘사되었음—은 神을 이 백성(민족)의 최고 지배자로 만들어 주었다. 그리고 주권(ius maiestas)은 오직 天上의 神의 주권의 지상에서의 反映이고 또 이 神의 주권의 지상에서의 대표는 오직 국민—Althusius에게는 정치적 의사통일체(politische Willenseinheit)요, 동시에 신자공동체인—만이 될 수 있을 뿐이었다. 주권은 알투지우스와 보당에게는 공히 시간적으로 무제한하고 不可分하였다. 육체속에 오직 하나의 영혼이 살아 있듯이 국가내에는 오직 주권—나눌 수 없고 통일된 최고권력으로서 그 어떤 한 사람에 의해서만 무제한적으로 관리될 수 없는—만이 존재한다. 그런데 Althusius가 Bodin과는 달리 군주가 神法과 자연법의 구속은 물론 실정법에도 구속을 받는다고 주장한 까닭은 만일에 군주가 실정법의 구속으로 부터 벗어나 있게 된다면 그럴 경우에는 군주는 필연적으로 神法과 自然法의 구속으로 부터도 벗어나게 된다고 하였다. 왜냐 하면 神法과 자연적 衡平에 합치하고 있지 않은 實定法은 도저히 법이 될 수가 없기 때문에 실정법의 위반은 필연적으로 신법과 자연법의 위반을 수반한다고 하였다.(180)

한편 Bodin이 주권을 군주에게 귀속시킨 반면 Althusius가 국가 자체 또는 populus in corpus unum을 주권의 담당자로 삼은 것은 양자간에 다음과 같은 자연법 해석상에 근본적인 차이에 기인하였다.(181) 즉 Bodin은 세속적—자연법적 세계관의 신봉자이다. 그는 주권을 인간의 공동생활의 본질(自然)과 이 본질로 부터 생긴 필연성과 유용성으로 부터 이끌어 내었다.(182) 또한 그에게 있어서 법이란 것은 사물의 본성, 곧 자연적인 所與(natürliche Gegebenheit)로 부

(178) Th. Würtemberger, Zur Legitimation der Staatsgewalt in der politischen Theorie des Johannes Althusius, S.170-72.

(179) P.J.Winters, a.a.O., S.45.

(180) Pol. IX, 21.

(181) P.J.Winters, a.a.O., S.46.

(182) ebenda.

서울대학교

터 직접 이끌어 낸 것이었다. 이를 통해서 볼 때 보당의 주권문제는 현세적 영역에 한정되어 있었다. 인간은 그의 자연이성(ratio naturalis)에 의해 사물의 자연(본성)(natura rerum)을 인식하고 또 주권은 예전부터 항시 최고 권력을 지닌 통치자에게 歸屬되어 있고 또 그 권한은 법률에 의해 구속받지 않는다고 인식했다. 왜냐하면 주권은 인간 밖에서 유래한 公理와 규범이 아니기 때문이다.[183] 그런데 칼빈주의적 기독교 자연법의 옹호자인 Althusius는 인격적 주권자로서의 神(persönlicher und souveräner Gott)으로서의 神을 중심으로 삼았다. 여기서 인간은 被造物로 여겨졌다. 神의 피조물로서의 인간은 결코 타인에 대해 최고 권력을 지닐 수 없고 또한 인간은 神法과 자연법으로 부터 벗어날 수도, 그리고 또한 이 신법으로 부터 유래한 실정법으로 부터도 벗어날 수가 없다.[184] 지상에서의 최고 권력은 여기서 단지 神의 주권으로 부터 파생된 권력이 될 뿐이고, 또 이것은 'corpus symbioticum'요, 또 'populus Dei'(神의 백성)인 국민에게 놓여 있을 수 있지만 그것도 단지 이 권력의 행사권과 관리권만이 위임될 뿐이다. 神은 전체 백성에게 神法에 구속받고 또 신법으로 부터 유래한 'ius maiestatis'를 제공한다. 백성들은 통치권력(Obrigkeit)을 직접적으로는 국민으로 부터, 그리고 간접적으로는 신으로 부터 받는다. 그런데 국가내의 최고권력을 통치자에게 위임할 시에 국민들은 그들에게 속한 모든 권리들과 권한을 양도하지는 않는다. 국민에게 속한 모든 권리와 권력은 일정 기간동안 행사권을 위임받은 통치자의 권한보다 항시 포괄적이다. 여기서 또한 통치자는 국민 各者 보다는 높으나 국민전체에 대해서는 낮다(maior singuli, minor universi)[185]라는 인식이 提高되었다. Althusius는 지배권력을 국민으로 부터 통치자로의 위임을 神과 선택된 사람들과의 계약인 종교적 約定(religiosum pactum)—말하자면 이 종교적 계약의 補完이요 이것의 제2의 부분인—에 비유하여 생각했다. 그는 지배권력의 위임을 상호의무(mutua obligatio)를 특징으로 하고 있는 委任契約(Auftragsvertrag)으로 記述하였다.[186] 알투지우스는 이른 바 통치(지배)계약(Herrschaftvertrag)을 이러한 종교계약의 이론적 형태 속에서 생각했던 것이다. 이 지배계약은 양 당사자를 구속한다. 따라서

(183) P.J.Winters, a.a.O., S.46.

(184) Pol.XVIII, 37.

(185) Pol. XIX, 7.

(186) P.J.Winters, a.a.O., S.47.

그 어느 일방 또는 他方에 의해서도 이 제약은 取消되거나 違背될 수가 없다. 이 통치계약은 受任者(代理人)(Beauftragten)인 통치자가 국가와 국민에 대하여 국가를 神法과 국가의 법률에 따라 다스릴 그러한 의무를 지게 하고 또 한편으로는 조직화 된 국민들은 통치자가 그의 의무를 준수하는 한 복종과 追從의 의무를 질 것을 함유하고 있다. 통치계약에 의해서 국민은 지배권을 통치자에게 양도한다. 그렇지만 최고 권력 문제에 있어서는 국가내의 그 어떤 인물의 권한도 국가보다 上位이거나 等位가 될 수가 없기 때문에 군주는 결코 절대적인, 그리고 법률로 부터 벗어난 권력을 지닐 수 없다. 오히려 통치계약은 통치자로 하여금 법률을 보호할 의무를 부가한다. 그러므로 Althusius는 간결하게 다음과 같이 말하였다. …》지배자는 법률보다 높지 않고 법률이 지배자 보다 上位이다《…라고.(187)

Althusius는 Politica 제1판 c.6-13과 제3판 c.9-17에서 주권의 내용을 다음과 같이 분류하였다. 먼저 그는 주권을 'ecclesiastica(교회)"주권과 "civilia"(세속)주권으로 나눈 후 "civilia"주권을 다시 외부질서를 위한 주권의 내용으로서 입법권, 보상·처벌권, 경찰·보호권, 전쟁수행권, 동맹체결권 등의 다섯 분야로 세분하고 또 사회생활의 직접적인 증진을 위한 것으로서는 商權(Jus commerciorum), 화폐 사용권(usus monetae), 語彙 驅使權(idioma linguae), 課稅權(distributio munerum), 특권 허용(dispensatio privilegiorum), 상호 방어권(defensio mutua), 국가복지 요구권(cura bonorum regni), 민회 구성권(usus comitiorum), 국가 관리임명권(constitutio ministrorum Reipublicae) 등의 아홉개의 주권 분야로 세분하였다.(188)

그리고 그는 국가 공동체의 존립 목적은 영혼의 구제와 세속적 복지 실현 등의 두가지 내용을 그 목적으로 한다고 하였다. … "Jus hoc regni est duplex: primum,quod ad salutem animae: Alterrum, quod ad corporis curam pertinet. "…(189) 국가공동체는 영혼의 구제면에 있어서는 종교적 믿음과 祭祀, 그리고 도덕과 教示등에 종사하는 教會 社會로 나타나며(§31ff.) 한편 세속적 사회로서의 국가는 'jus majestatis saecularis generale"(일반적·세속적 주권)에 의

---

(187) Pol. XVIII, 37.

(188) Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, S.27.

(189) Pol. IX, 27.

서울대학교

해서 국가는 일반 복지의 증진을 위한 실제적 활동에 참여하는데(c.11 §1) 이러한 실제적 활동도 다음과 같이 두 종류로 분류된다고 하였다. 즉 첫째로 사회생활의 물질적 수단을 제공하기 위한 公共關心事로서 무역과 상업, 화폐주조, 도량형, 언어, 보통세와 특별세의 부가, 賦役과 기타의 公共事務와 特權의 허용 등에 관여하며(c.11-15), 또 둘째로 국가는 사회단체와 共生社會(symbiosis universalis)를 보호·유지하기 위해 홍수와 화재, 그리고 기타의 危難시에 자선을 베푸는 "도움의 나눔"(communicatio auxilii)을 실시하며, 또 법정과 경찰, 그리고 군대를 유지하며—正義戰의 수행을 위해--(c.16), 또 한편으로는 公共財源의 적절한 확보와 지출등의 업무를 수행한다.(c.17 §1ff.) 이러한 국가의 활동은 多數決 投票에 의해 중요 안건들을 議決하는 일반 의회(general Diet)에서의 "協議의 나눔"(communicatio consilii)에 의해 지원을 받는다고 하였다(§55-61). Althusius는 §58에서 聯邦議會(一般議會)에서의 투표할 권리는 모든 국가의 성원들에게 주어 진다고 하였는데 이때 그가 말한 성원들은 개인들이 아니라 '작은 공동체'(minor communitas)들이었다.

한편 제18장에서는 국가 공동체 내에서의 주권이 행사되는 방식에 관해 거론하였다. 그는 이러한 문제는 Politica 제1판, c.14-32에서 'ultimum jus majestatis"(최종적 주권행사)라는 小題下에서 취급하였는데 여기서 그는 국가통치자들의 任命과 分類, 그리고 그 기능등에 관한 이른 바 "constitutio administratorum"(行政官의 樹立)의 문제에 관해 거론하였다. 여기서 그는 i)국가통치자는 일반적으로 "국가의 행정관"(administratores consociationis universalis)이라는 관점에서 고려하였고 ii)모든 憲政형태에서 통치권을 맡은 자는 제아무리 그들의 권위가 개인들에 비해서 크다고 하더라도 주권을 지닌 전체공동체(또는 전체주민)에게는 복종을 해야 한다는 기본 원리를 입증하려 하였다. 그는 이러한 논증을 뒤의 章들에서 수차례에 걸쳐 보완했고, 특히 제38장에서 暴君(tyrannus)을 거론할 때에 재론하였다. 이때에 그가 원용한 典據들은 성경과 역사, 실정법, 그리고 理性이었는데 대부분 中世시대에 발전된 내용들과 일치했고 또 초기의 Monarchomachi들에 의해 주장된 것 — 특히 그는 Junius Brutus(익명)의 Vindiciae contra tyrannos를 많이 인용했다 — 이었으나 새로운 사상들이 없는 것은 아니었다. 이러한 辯論 가운데에서 그는 광범한 분야에 걸쳐 Bodin과 Barclay, 그리고 Arnisaeus의 원리를 反駁하였다. Politica 제1판에서 거론된 이와 같은 내용은 Politica 제3판 제14장의 "De Ephoris"論에서 재론되었다. 이 14章의 결론에서 Althusius는 暴君政治를 是正하기 위한 이론

을 제시하였다.

끝으로 Althusius는 국민주권론과 연관하여 다음과 같이 정부형태론에 관하여 언급하였다. 곧 그는 정부의 통치 원리가 자연법과 敬虔性의 원리, 神意와 共生, 그리고 正義 — 이 정의개념은 'suum cuique tribuere'라는 古來(Aristotle, Stoics,Cicero,Ulpianus 등)의 정의관이 계승된 것이었음[190] — 의 원리를 실현하려는 목적을 지닌 정부라면 그 정부형태가 君主政下에서 貴族制와 民主制를 혼합하든, 또는 귀족정 하에서 군주제와 민주제를 겸비하든, 또 한편으로는 민주정 하에서 군주제와 귀족제를 혼합한 政體이든지 간에 무관하게 여겼다.[191] 그러나 그는 神法과 자연법의 이념에 지배를 받는 군주정이 일반적인 國制(Verfassung)임을 부인하지는 않았다.[192] 또 그는 국가의 규모 면에서 帝國체제는 국가적 탐욕에 빠지기 쉬우므로 中間크기의 국가규모가 최선의 국가형태라고 하였고 이 적정규모의 국가는 국제법을 준수해야 한다고 역설하였다.[193] 그래서 그는 Bodin이 국가형태와 정부형태를 구분한 것은 잘못이라고 하였다. 왜냐 하면 주권은 항시 全주민들에게 귀속해 있기 때문에 國制의 제반 상이성은 단지 行政體系(Verwaltung)의 차이일 뿐이라고 하였다(§3).[194] 其實 그는 Politica 第1,2,3,版을 통해서 이상적인 國制로서 유일하게 내세운 例 — 단지 간헐적으로 古代 유대왕국을 언급한 경우를 제외하고는 말이다 — 는 없다. 단지 그는 일관되게 국가와 정부형태는 그 外樣的인 다양성(상이성)에도 불구하고 그 내부구조는 항시 동일해야 함을 강조했을 뿐이었다. 즉 그 政體의 내부구조는 항시 주민 전체가 참된 주권의 주체요 위임자가 되고 또 최고 정무관을 포함한 행정관들은 단지 주권의 受任者 내지 代理者가 되는 그러한 정체구조를 주장하였다. 이와 같은 주장은 Jesuit 회원이며 Salamanca대학의 신학과 법철학의 교수였던 Franciscus Suárez의 국가론과 일맥 상통하는 바 컸다.[195]

---

(190) C.J.Friedrich, Politica Methodice Digesta of Johannes Althusius, lii~lvi.

(191) Erik Wolf, a.a.O., S.90; Josef Bischof, 'Die Volkssouveränitätslehre bei Johannes Althusius und Franz Suarez.' (Wien,1944), S.84-87.

(192) ebenda.

(193) Politica, IX, S.121; Otto von Gierke, a.a.O., S.35.

(194) ebenda.

(195) Josef Bischof,a.a.O., S.34-35, 84.

6. 抵抗權論

Althusius의 저항권(ius resistendi)론은 전술한 그의 法書 Dicaeologicae Lib.I.cap.113의 "De abusu potestatis publicae"(公權力 濫用)에서의 暴君政治(tyrannis)에 내한 處罰(poena)論에 근거하고 있다. 그러나 본래 그의 저항권론은 1603년에 발행한 그의 정치학서인 Politica cap.XII의 "De Ephoris Reipub. eorumq; officio & speciebus(ephor들의 義務와 ephor의 종류에 관하여)와 Politica 第2版(1610), 第3版(1614)의 cap.38의 "De tyrannide ejusq remediis"(폭군정치에 대한 是正)에서 취급했던 정치적 이론의 일종이었는데 그 내용을 그가 1617년에 그의 法書인 Dicaeologicae의 國家法(Staatsrecht)(또는 公法)체계속에 포함시킨 것이다.

Peter Jochen Winters가 갈파한 바와 같이 Althusius의 抵抗權은 결코 "反亂權"(ius rebellionis)이 아니며 기존 사회상황 내지 국가상황을 과격하게 변화시키는 革命權도 아닌 단지 現行 法秩序와 憲法秩序의 維持와 再生을 위한 하나의 緊急權(ein Notrecht)이요 하나의 "최후조치"(ultima ratio)였다.[196] 그래서 그의 저항권론은 현상유지적(bewahrend)이고 保守的인 성향을 지녔다. 곧 그는 기존 헌법질서와 사회질서를 변화시킬 의도를 지니고 "市民의 不服從"을 정당화 하기 위해 이 저항권론을 주장하지는 않았다.[197]

Althusius에게 있어서 이 抵抗權論은 그의 國民主權論의 기본골격을 이뤄주었다. 그래서 이 저항권론에 토대를 둔 그의 국민주권론과 이 국민주권론의 補助思想인 統治契約(Herrschaftsvertrag)사상은 Althusius의 정치사상과 國家法(Staatsrecht)樹立을 위한 基本素材였다.[198] 그런데 Althusius의 저항권론은

---

[196] Peter Jochen Winters, Widerstandsrecht, in: Handlexikon zur Rechtswissenschaft, hrsg.v. Axel Görlitz. München 1972, S.526ff.

[197] ___〃___, 'Das Widerstandsrecht Bei Altusius,"in: Politische Theorie des Johannes Althusius(Rechtstheorie, Beiefeft 7),hrsg.von Karl-Wilhelm Dahm/Warner Krawietz·Dieter Wyduckel(Berlin: Duncker & Humblot, 1988), S.543.

[198] K.Wolzendorff, 'Staatsrecht und Naturrect in der späteren Entwicklung der Widerstandsrecht." in: Staatsrecht und Naturrecht(Breslau, 1916), S.199~202.

서울대학교

그가 독특하게 창조해 낸 이론은 아니었다. 특히 그의 저항권론은 16C 종교개혁과 종교전쟁의 와중에서 전개된 Protestant系와 Catholic系의 暴君放伐論(Monarchomachism)의 영향을 지대하게 받았다. 따라서 그의 저항권이론은 先行했던 또는 동시대의 저항론을 계승·발전시킨 정치적 이론과 법률이론의 성격을 지녔다. 그럼 여기서 잠시 Althusius 이전의 16세기 Monarchomachen의 저항권론에 관하여 省察해 보도록 하자.

(1) 16세기 Monarchomachen의 抵抗權 思想과의 관계

16세기 宗敎改革시에 신분들의 권력이 쇠약해지고 이에 반해 군주(또는 제후)에게 국가의 最高權力(ius maiestatis, souveraineté, Hoheit) - Jean Bodin은 1577년에 그의 「國家論 六卷」(Six livers de la République)에서 국가가 主權(souveraineté)을 지닌다고 최초로 주장하였다.(199) - 이 歸屬하게 되는 경향을 강하게 보이게 되자 종교운동, 특히 佛·英·和蘭에서의 종교운동은 강력해지는 국가권력에 대항하였고 또 이때 종교운동은 국가권력에 대항하는 신분세력들에게서 그들의 동맹자를 발견하였다.(200) 이때 국가권력과 군주권과의 투쟁의 典據를 위해서 국민의 저항권은 매우 중요한 역할을 수행하게 되었다. 그러나 이때 국민저항권의 법이론적 논거는 종교적 자유획득이라는 새로운 사실에 입각하였다.(201) 예컨데 칼빈(202)은 1559년에 지은 그의 「基督敎 綱要」(Institutio religionis christianae), Ⅳ, 20~31에서 다음과 같이 저항권에 관하여 언급하였다.

… "그 어떤 臣民도 개인적으로는 저항권을 지니지 못한다. 그러나 군주의 독단을 제재하기 위하여 특정기관이나 관리가 설정된다

---

(199) Adolf Dock, Der Souveränetätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Grossen. Diss. University of Strassburg, 1897, S.8~20.

(200) Peter Blickle, Hans-Christoph Rublack, Religion, Politics and Social Protest. Three Studies on Early Modern Germany(London: George Allen & Unwin, 1984), pp.1~18.

(201) Ibid.

(202) 칼빈의 저항론에 관해서는 아래의 저서를 참조할 것: J. Bohatec, Calvin und das Recht, 1934: ders., Calvins Lehre von Staat und Kirche mit besonderer Berücksichtigung des Organismusgedankens, 1937.

번 이들만이 군주의 오만 무례함에 대항하여 싸울 의무를 지닌다. 이들 臣民들의 관리(Volksbehörden)인 'Stände', 'ephoren', 그리고 'Tribunen'은 신민의 종교적 자유를 지킬 권한과 의무가 부여되어 있다. 국왕은 國法(Staatsrecht)에 의해 그 職分을 부여받은 자이며 따라서 그 직분을 어긴 국왕의 통치행위는 바로 神과 臣民들에 대한 일종의 契約 違反行爲이다." (203) ...

Calvin은 멜랑히톤(Melanchton)이 신분회의 저항권을 人民主權과 自然法사상에 연관시킨 점에 동의하질 않았다.(204) 뿐만 아니라 그는 그 어떤 추상적인 정치이론이나 통치계약론에도 관심을 쏟질 않았다.(205) 그래서 그는 폭군에 대한 신분회의 저항권을 어디까지나 종교적 목적실현에 두고 그 주장의 논거도 國法과 현실정치에 기반을 둔 正義戰(der gerechte Krieg)의 논리에서 이끌어 내었다.(206) 그리고 그는 개인의 저항권의 행사방식에 관하여는 마태복음 5장 39절의 "앙갚음하지 말라"(ne resistatis malo), 곧 "힘(폭력)을 힘으로 갚지 말라" (christus suis non permittit, ut vim vi repellant)는 말씀에 따라 忍耐(Erdulden)와 과격한 저항(gewaltsam Widerstand)과의 중간노선인 回避(Ausweich)策을 가급적 택하라고 권유하였다.(207) 이와 같은 권유와 연관하여 그는 종래의 臣民과 君主와의 소위 "服從契約"(Unterwerfungsvertrag)論을 자연법이론이 지어낸 虛構라고 반박하였다.(208)

한편 1572년말의 聖 Bartholomäu 祝日 한밤중의 大虐殺事件 이후 칼빈파와 가톨릭파의 팜플릿 기고가들은 익명으로 '暴君放伐論'(Monarchomachismus)에 관한 소책자들(209)을 본격적으로 출간하기 시작했다. 그런데 이들 저서들의 공통의 특징은 종교탄압을 실시하는 절대군주정에 대한 투쟁을 그 목표로 삼고

---

(203) Ernst Wolf, "Das Problem des Widerstandsrechts bei Calvin," S.156; G.R.Potter and M.Greengrass, John Calvin(London: Edward Arnold, 1983), pp.60~64.

(204) ebenda, S.157.

(205) ebenda, S.160~161.

(206) ebenda, S.157.

(207) ebenda, S.154.

(208) ebenda, S.155.

(209) Vgl. R. Treumann, Die Monarchomachen. Eine Darstellung der revolutionären Staatslehren des XVI,Jh.s. 1985; R.Nürnberger, Die Politisierung des französischen Protestantismus, 1948.

출간한 점이있다. 그래서 간혹 이들 저서중에 폭군 살해론의 논조가 나오는 것은 종교투쟁의 그 편린에 불과하였다. 여기서 그 대표적인 저서들을 인용하면 아래와 같다. 첫째 칼빈파의 저서로는 Hotoman의 Francogallia(1573),Beza의 De jure magistratuum in subditos(1574), Philipp du Plessis-Mornay(익명: Stephanus Junius Brutus)의 Vindiciae contra Tyrannos(1579), 그리고 G.Buchanan의 De iure regni apud Scotos(1569; Publ. 1579) 등이 있고 가톨릭파의 저서로는 대표적으로 예수회 회원인 Mariana의 De rege ac regis institutione (Mainz, 1605; Francof., 1611)이 있다.[210]

Hotoman은 1573년에 Francogallia를 지어 近代 Monarchomachen의 효시가 되었다. 그는 칼빈처럼 신분세력에게 폭군에 대한 견제·고발 임무를 부여하고 더 나아가 人民의 權利(Volksrechte)에 대한 보호의무를 부여하여 칼빈의 견해를 능가하였다. 그래서 그는 身分會에게 法人으로서의 기능을 부여해서 신분(회)의 군주정에 대한 견제·조정기능을 국가법上으로 구성하려고 시도하였다.[211] 한편 칼빈의 제자인 Beza는 1574년에 「臣民들 속에서의 政務官의 권한」(De jure magistratuum in subditos)과 1582년에 「크리스챤 신앙고백」(Confessio fidei christianae)을 저술하였다. 그는 前書에서 '下位 政務官들'(inferiores magistratus: niederen Obrigkeit)에게 보다는 全臣民들에게 보다 많은 저항권을 부여하여 不知不識간에 저항권의 민주화(Demokratisierung)경향을 표명하였다.[212] Hotoman도 이러한 경향을 다소 보이기는 했으나 K.Wolzendorff가 지적한 바와 같이 말년에 심경의 변화를 일으켜 臣民의 저항권을 포기하였던 것이다. 그런데 Beza가 폭군에 대한 신분(회)의 권리와 의무론을 넘어선 下級機關(또는 下位政務官들)과 전체신민의 저항의 권리와 의무에 관해 거론한 것은 당대의 실정법인 국가법의 테두리를 벗어난 주장이었다. 그리하여 그는

---

(210) Ernst Wolf, a.a.O., S.162.

(211) 그러나 Hotoman은 후에는 이러한 사상을 완전히 포기하였다. Vgl. Ernst Wolf, a.a.O., S.162; Wolzendorff, a.a.O., S.100; Schnur, "Die französische Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg," 1962, S.43; Peter Claus Hartmann, Französische Verfassungsgeschichte der Neuzeit(1450~1980). Ein Überblick (Darmstadt: W.B., 1985), S.24-29.

(211) Bertram, a.a.O., S.30; Göhring, Weg und Sieg der modernen Staatsidee in Frankreich, 1946, S.91; Wolzendorff, a.a.O., S.102f.

서울대학교

새로이 자연법사상 위에 그의 논지를 세우고자 하였다.[213] 그러나 Beza는 1582년에 지은 「크리스챤 신앙고백」에서는 그의 스승인 칼빈의 주장을 충실히 따르면서 하급기관의 저항권을 인정하지 않고 단지 국가법상에서 용인된 신분들의 저항권만을 주장하였다.[214] 그렇지만 Beza에 의해서 최초로 진행된 저항권의 민주화 경향은 또다시 Plessis-Mornay의 「폭군放伐論」(Vindiciae contra Tyrannos)에서 나타났다. 곧 그는… "저항권은 본래 臣民들에게가 아니라 신분세력들에게 주어져야 하지만 만일에 군주의 違法行爲에 대해 신분세력들이 無抵抗으로 임하거나 또는 신분세력 자신들이 난폭하게 행동하거나 그들에게 부여된 職務를 배반이 할 경우에는 이때까지 暴君의 專橫을 甘受했던 臣民들 스스로가 自力救濟와 저항행위에 나서야 한다. 이때 신민의 권익보호를 위해 설치된 法廷이 신민의 권리보호를 위한 기능수행을 거부한다면 神은 그때 신민들에게 허용된 한도내에서 자력구제 행동을 위한 徵候(significatio)를 내 보낸다." …라고 하였다.[215] 또한 스코틀랜드 출신의 George Buchanan은 1579년에 출간한 그의 저서, 「스코틀랜드인과 왕권에 관한 對話」(De iure Regni apud Scotos Dialogues)에서 취임시의 군주의 국가와 神, 그리고 신민에 대한 忠誠誓約(Huldigung)을 일종의 통치계약—군주의 위반에 의해 그 효력이 무력해지는—으로 해석했다.[216] 그래서 만일에 군주가 이 계약을 위배할 시에는 군주는 신민의 敵이 된다고 하였다.[217] 그러나 그는 그 누가 이 통치계약을 위배한 군주와 투쟁을 惹起할 수 있는가 하는 문제에 관해서는 구체적인 언급을 회피하였다. 그러나 Buchanan의 저항론 전반의 설명구도에 의하면 그와 같은 저항권의 행사권한은 신분세력들 또는 身分會에게 부여되어 있다는 인상을 지우기가 어렵다.[218]

한편 1605년 Mainz에서 「국왕과 국왕교육」(De rege ac regis institutione)을 발간하여 일약 가톨릭 진영의 대표적인 Monarchomachen으로 불리우게 된 스

---

[213] Bertram, a.a.O., S.30.

[214] ebenda.

[215] ebenda; Göhring, a.a.O., S.92; Wolzendorff, a.a.O., S.105ff.

[216] Bertram, a.a.O., S.30-31.

[217] ebenda.

[218] William Archibald Dunning, A History of Political Theories. From Luther To Montesquieu(New York: The Macmillan Company, 1955), pp.56-61.

페인의 예수회 회원 Juan de Mariana(1536~1623)는 다음과 같이 국민저항권론을 피력하였다. 우선 그는 프로테스탄트 Monarchomachen의 저항권론과 동일하게 저항론을 당대 (신분)국가의 憲政(Verfassung)현실과 결부시켰다. 다시 말해서 그는 국가내의 권력을 신분권력과 군주권력으로 양분하고 그리고 전자가 후자보다 우위에 있다고 주장하였다. 그래서 그는 世襲君主政도 그것이 神과 국민에 대한 충성서약에 의해서 비로소 그 권능이 효력을 발생한다고 하였다.[219] 이와 같은 前提속에서 Mariana는 다음과 같은 결론을 이끌어 내었다 : … "군주권은 신분세력속에 그 기원을 두며 그래서 신분세력은 상황의 요구에 따라 군주에 대해 통치책임을 물을 수 있다. 그런데 군주가 이에 불응한다면 신분세력들은 신분회(cortes)를 소집하여 군주에게 武力抵抗을 해서 군주를 파면시킬 수 있다. 만일에 신분회의 소집이 불가능하고 군주의 暴政의 폐해가 견딜 수 없을 정도로 심해지면 신분회의 소집 없이도 전체신민의 저항권이 행사될 수 있다. …"[220]

(2) 알투지우스의 저항권

Althusius에 의하면 최고 정무관(summus magistratus)인 통치자의 법적 지위는 오직 통치계약의 토대 위에서만 주어지고 또 오직 법률이 위임했던 그 범위내에서만 성립한다고 하였다. 또한 국민들의 권리는 양도할 수 없기 때문에 국민의 권리는 오직 그 어떤 합법적 행사조건에서만 양도될 수 있다고 하였다.[221] 그래서 Althusius는 만일에 ius regni의 집행권을 위임받은 주권의 담당자인 최고 정무관이 그 집행권의 한계를 위배할 경우에는 그는 神意와 국가공동체에 의해 그에게 주어진 그의 지위를 포기하는 것이 되고 —— 곧 그는 神과 보편적 공동체의 행정관으로서의 자격을 상실하는 것이 되고 —— 그래서 그의 행위는 私人(Privatmann)의 행동이 되어 더 이상 그는 國家最高權의 담당자로서 국민의 복종을 받을 수 없다고 하였다 … 'fines vero demandatae sibi administratio-

[219] Günter Stricker, Das politische Denken der Monarchomachen. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ideen im 16. Jahrhundert. Diss. Heidelberg, 1967, S.290-294.

[220] Wolzendorff, a.a.O., S.117ff.

[221] Bertram, a.a.O., S.32; Günter Stricker, a.a.O., S.213-217; 230-237; W.A.Dunning, op.cit., pp.61-67.

서울대학교

nis excedentes desinunt ministri dei esse et universalis consociationis atque fiunt privati, quibus obedientia in illis, quibus suae potestatis limites excedunt, non debetur.… "[222] (역: 그들에게 위임된 행정권의 한계를 위배한 자들은 더 이상 神의 보편공동체의 관리가 되지 못하고 私人이 되며 그러므로 越權한 행정관들에게는 복종하지 않아도 좋다.)

최고 정무관의 권력남용은 바로 주민전체와 공동체 전반에 대한 '協約'(pactum) — 이는 본래 約束(foedus)이라는 말이었으나 Althusius는 이 말을 社會契約과 統治契約의 의미로 사용하였다.[223] — 의 違背이므로 主體的 權利를 유보하고 있는 전체공동체는 폭군화된 최고 정무관에 대한 저항권과 罷免權을 지닌다[224]고 하였다. H.W.Antholz는 이러한 Althusius의 저항권 사상속에는 다음과 같은 두 가지 흐름이 함유되어 있다고 하였다. i)게르만적-중세적 법해석에서 성장한 身分的 抵抗權(ständische Widerstandsrecht)과 ii)본질적으로 인민에 귀속하는 권한의 표현인 바로서 고대적-자연법적 사상에 토대를 둔 革命權 사상이 바로 그것이라고 하였다.[225] 그런데 Althusius의 폭군방벌론은 전술한 Junius Brutus, François Hot(o)man,[226] George Buchanan 등의 Protestant派의 폭군방벌론자들과 Molina, Mariana, Franciscus Suárez[227] — De Legibus, ac Deo Legislatore(立法과 立法者인 神에 관하여)(1612)와 Defensio Fidei Catholicae, Et Apostolical Adversus Anglicanae Sectae Errores(앵글리칸 宗派의 오류에 대한 가톨릭 신앙과 사도들의 옹호)(1613)를 지음-등의 가톨릭派의 폭군방벌론자들의 저항권 주장의 영향을 받아 主唱되었다.

---

(222) Politica, XVIII, 41-46, 105.

(223) Althusius는 Politica 제1판에서는 社會契約을 단지 "pactum tanquam vinculum arctissimum"(매우 견고하게 맺어진 계약)으로 표현했으나 제2판에서는 보다 상세하게 "pactum expressum vel tacitum"(公示的 또는 默示的 契約)으로 규정했다.

(224) Politica, XVIII, 41. 한편 알투지우스는 抵抗이란 통치자가 職權을 상실해서 국가를 파탄의 길로 몰고 갈 위험에 처했을 때에 국민의 대표자나 회의체가 합의 행동으로 군주의 폭정을 저지하고 폭군을 退位시키거나 追放시켜 버리는 행위라고 정의하였다. Vgl. Politica, c.XXXVIII, 29.

(225) H.W.Antholz, a.a.O., S.23.

(226) Julian H. Franklin, Constitutionalism and Resistance in The Sixteenth Century. Three Treatises By Hotman, Beza & Mornay(New York:Pegasus, 1969), pp.19-30, 47-96.

(227) Josef Bischof, a.a.O., S. 42-89; Franciscus Suárez, The Classics of International Law Selections From Three Works of Francisco Suárez, edited by James Brown Scott(Oxford: At The Clarendon Press, 1944), 'Introduction', pp.3a-38a.

서울대학교

알투지우스는 폭군에 대한 저항권은 일개 시민이나 대중은 지닐 수 없고 'Ephori'(身分會, 또는 Optimates세력이나 이들의 集會)[228]만이 지닌다고 하였다.[229]

이러한 점에서 볼 때 알투지우스의 저항권론은 중세적 신분세력들의 국왕에 대한 저항권 사상을 크게 대변하고 있는 것처럼 보이며 근대 자연법 사상에서 볼 수 있는 바와 같은 개개인의 自然權에 토대를 둔 革命權의 성격을 띤 저항권사상은 약해 보인다. 더욱이 알투지우스는 Politica 첫 판에서는 이 신분회의 성격을 시민집단(Kollegium, collegia)의 성격을 띤 것으로 설명하였으나 1604년 이후 그가 Emden市의 법률고문을 역임하면서 일반시민들의 정치적 無責任性을 수차 경험하게 되면서 부터는 일반시민들을 불신하는 경향 —— "인민은 속기 쉽고 감사할 줄 모르며 시기심이 많고 追從的이고 또한 선동적이며 소심하고 난폭하다…" (credulus, ingratus, invidius, mirosus, seditiosus, timidus, turbidus)[230] —— 을 지니게 되었고 점차 이 신분회의 성격도 選帝侯會議(Kurkollegium)와 같은 상층지배계층의 집회의 성격으로 설명해 갔다.

그리고 그는 'ephoren'이라고 칭한 —— 전술한 바와 같이 Calvin도 국가 최고통치자의 통치과정을 감시하고 필요시 경책적 助言과 비판을 해주는 準統治階層을 'ephor'라고 불렀다 —— 신분세력들도 통치자와 더불어 통치권을 分有한다고 하였다. 그는 이 'ephor'들에게 국민전체의 주권을 위임시킴으로써 신분세력들의 지위를 당대의 국가법이 부여했던 것보다 훨씬 더 높혀 주어 명실상부한 국민의 대표자로 삼아 주었다.[231] 이런 점에서 알투지우스는 실정법을

---

[228] 본래 이 'ephor'라는 말은 古代 Sparta의 5명의 民選監督官을 지칭하는 말이었으나 알투지우스는 臣民들의 대표세력이 모인 신분회나 신분세력 자체를 지칭하는 말로 사용하였다. 그는 독일제국처럼 직접민주정치가 실현될 수 없는 나라에서는 'Reichstag'와 같은 국민의 대표기구를 운영해야 하며 이러한 국민대표회의의 기능은 최고 통치자를 선출(임명), 助言, 警告, 是正 촉구하며 만일에 최고 정무관이 폭군이 되었을 시에는 국민과 神의 名義로 저항권 —— 이러한 저항의 단계로 tyrannis의 정도에 따라 폭군의 退位, 罷免, 死刑의 단계로의 진행을 주장 —— 을 행사하는 일이라고 하였다. 그는 이러한 기능을 담당하는 정무관들을 'ephor'라고 칭하고 憲法上에 그들의 직무가 명시될 것을 촉구하였다. 그런데 그는 Politica(1603), XIX. §§1,6~23에서 이 신분들 속에 農民身分과 市民身分들이 별로 중히 여겨지지 않고 있음을 안타깝게 여겼다.

[229] Politica(1614), XVIII, 62,73; XXXVIII, 35,81.

[230] Politica 제1판 XVIII章에서는 'populus'(人民)에 대한 否定的인 입장이 나타나 있지 않았으나 제2판 VII章의 'De natura et effectione populi'에서는 'populus'에 대한 부정적인 입장이 다소 강하게 나타나 있다. 따라서 Brenneysen은 이 점을 들어서 알투지우스의 국민주권론의 모순점을 지적하였다. Vgl. Heinz W. Antholz, a.a.O, S.58.

[231] Bertram, a.a.O., S.32; Günter Stricker, a.a.O, S.213-217, 230-237.

넘어서서 자연법사상을 그의 국민주권론 및 國民代表制 이론의 논거로 삼기도 하였다.[232] 그는 ephor들은 특히 국민의 名義로, 또 국민의 委任에 의해 통치자에 대한 국민의 권리를 예의 보호·감시할 의무를 지니며 또 통치자를 선출하고 경우에 따라서는 제국의 攝政을 정하고 심지어는 새로운 통치자가 선출될 때까지 통치업무를 수행해야 한다고 했다. 그리고 모든 중요 國政의 결정시에는 그들의 동의가 필요했고 또한 평소에는 통치자에게 助言을 주고 긴급시에는 強迫과 警告에 의해 국민에게 유보된 권리들을 옹호해야 한다고 했다.

그런데 통치자가 국민과의 信義誠實의 정신을 저버리고 職分을 망각 國基를 크게 위협하고 또 神法의 명령과 자연법의 근본원리들을 위배한다면 그 때에는 ephor들은 저항권을 발동해서 긴급시에는 통치자를 파면시켜야 한다고 주장하였다.[233]

이때 그는 폭군에 대한 ephor들의 저항의 論據(rationes)로서 아래와 같이 아홉 가지를 열거하였다.

…1. 통치자(군주)는 국민(populum) 또는 전체 공동체원과의 통치계약(pactum) 속에서 무조건적으로, 그리고 합법적으로 神을 흠숭하면서 십계명과 국가의 법률에 따라 통치할 의무를 진다. 따라서 국민은 군주가 사실상 合法的이고 神을 공경하면서 통치할 때에만 복종의 의무를 진다. 만일에 이러한 조건이 이행되지 않은 경우에는 그때는 국민은 복종할 의무로 부터 벗어난다(Politica(1614), c. XXXVIII, 29).

…2. 통치계약에 의해 통치자에게 무한한 권력이 양도되는 것은 아니며 越權을 행할 수 없는 그러한 제한된 통치권이 부여된다. 따라서 군주가 이러한 한계를 위배한다면 그때는 인민은 군주에게 복종할 의무로 부터 벗어난다(Politica(1614), c.XXXVIII, 32).

…3. 神約의 의무로 인해 저항권이 발동된다. 즉 신과의 계약을 지킬 의무는 국민과 통치자와의 계약의 의무보다 훨씬 더 강력하고 오래된 것인 바 이 神에 대한 의무가 그렇게 顯示的이지는 않더라도 확실히 은밀하게 지켜지지 않을 경우에는 양 계약당사자인 통치자와 국민의 上位權者요 主君인 神은 폭군화 된 군주에 대해 반드시 징벌을 내릴 것이다. 왜냐 하면 폭군은 神에 대항하려고 했기 때문이다. 그래서 폭군에 대한 저항은 神에 대한 경건한 믿음과 정의와 이웃사랑의 정신에서 행하는 것이다. 따라서 저항하는 사람을 반란자로 여겨서는 아니 된다. 왜냐 하면 저항하는 사람은 神에게 神의 것을 돌려 주고 또 자신이 神에게 서약한

---

(232) Otto von Gierke, Johannes Althusius und ihre naturrechtliche Staatslehre 1880, S.66.

(233) A.a.O., 4, Aufl., 1929, S.29ff.

바를 몸소 실천하고 있기 때문이다(Politica(1614), c.XXXVIII, 33.).

…4. 군주와 국민사이에는 부모와 자식들간이나 부부사이 또는 主君(領主)과 封臣사이에 존재하는 것보다 강력한 상호의무는 존재하질 않는다. 따라서 국민들은 그들의 통치자가 모반적이고 야비하고 무신론적으로 행동할 시에는 그러한 행동들을 저지시킬 권리가 있다(Politica(1614), c.XXXVIII, 36.).

…5. 국민과 체결한 계약을 위배하고 또 국가의 토대를 붕괴시키는 폭군은 모든 권력을 상실해서 일개인으로 전락한다. 폭군이 폭력을 행사하면서 국민의 생명과 재산, 그리고 권리를 침해할 시에는 그 누구도 자연법으로 부터 허용된 自己防禦權에 의해 폭군으로 부터의 위험을 회피하고 또 그것을 제거할 권리가 있다(Politica(1614), c.XXXVIII, 37.).

…6. 통치자와 국민은 합심해서 국가안에서 십계명을 준수할 공동의 책임과 의무를 진다. 따라서 국민과 통치자는 상호간에 십계명의 준수를 위해 保證을 서고 있는 것이다(Politica(1614), c.XXXVIII, 38.).

…7. 만일에 어떤 사람이 폭군으로 부터 자신을 방어할 권리를 포기한다면 그는 곧 폭군의 권능의 절대성을 인정하는 셈이 된다(Politica(1614), c.XXXVIII, 43.).

…8. ephor들이 국민의 名義로 군주를 선출하고 임명할 권리(권한)를 지닌다면 그들은 마찬가지로 군주를 사임시킬 권한도 지닌다(Politica(1614), c.XXXVIII, 35.).

…9. 통치계약에 의해 국민으로 부터 통치자에게 국민의 복지를 위해 온갖 財貨들을 관리할 권한이 위임되는 것인데 委任契約(Auftragsvertrag)의 특성상 만일에 受託者인 군주가 委任者인 국민에게 피해가 가도록 통치권을 행사한다면 통치권은 당연히 위임자인 국민에 의해 박탈당한다(Politica(1614), c.XXXVIII, 39.).(234)

그런데 Althusius는 이러한 저항권을 국민각자에게는 부여하지 않고 오직 ephor들에게만 — ephor전체나 ephor각자 — 부여하였다.(235) 또한 그는 ephor들은 전체 臣民들에게 폭군에 대한 저항정신을 고취시킬 권한도 지닌다고 하였다. 만일에 이때 신민들중에서 불응하는 자가 있으면 그는 국가반역죄(Landesverrat)를 면치 못한다고 하였다.(236) 그리고 Althusius는 저항권발동을 위한 전제를 다음과 같이 한정하였다. 첫째, 폭군의 정치가 흉포하고 또 그 흉포함이 신분회에 의해서 공식적으로 천명될 것, 둘째, ephor들의 저항권이 발동되기 앞서 반드시 사전 시정조치가 강구되고 건

---

(234) Politica(1603), S.146-149; Politica(1614), XXXVIII, 32-44; Peter J. Winters "Das Widerstandsrecht Bei Althusius," in: Politische Theorie des Johannes Althusius(Rechtstheorie, Beiheft 7), S.551-553.

(235) Bertram, a.a.O., S.33.

(236) ebenda.

의된 것, 셋째로 이러한 시정건의가 폭군에 의해 거부된 것 등의 전제를 내세웠다.[237] 이러한 전제들 속에서 Althusius의 저항권의 성격은 통치자에 대한 국민의 권리 보호를 위한 일종의 法的 抗辯(Rechtsbehelf)이었음이 드러났다. 즉 Althusius에게 있어서 저항권은 국내외의 불만자들을 위한 반란(Aufstand)[238]의 허용이 아니고 법적 테두리내에서 제한된 국가적 기능을 수행할 수 있는 사람들이 일정수단에 의해 행사할 수 있는 하나의 권리였다.[239] 그런데 이러한 Althusius의 저항권은 그의 종교상의 신념과 결부되어 있었다. 즉 인민은 神의 백성(Gottes Volk)이고 또 정부 ── 이교도의 정부도 포함하여 ── 도 神法(ius divina)의 구속을 받는다. 따라서 만일에 인민으로 부터 통치권을 위임받은 군주가 배반하고 타락된 정치를 행한다면 神의 공동체의 성원으로서의 인민은 神이 원하는 그러한 상태를 회복시킬 종교적 의무를 지니며[240] 또 이러한 종교적 의무의 이행도 인민들이 임의로 행할 수 있는 것이 아니고 신에 의해 命해진 그 길(方途) 속에서만 이뤄져야 한다[241]는 종교적 신념과 결부되어 있었다.

---

(237)Bertram, a.a.O., S.33.

(238)저항과 반란의 차이를 도덕적·법률적인 면에서 비교 검토하려면 아래의 저서를 참조할 것: F. Murhard, Über Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger gegen die bestehende Staatsgewalt in sittlicher und rechtlicher Beziehung. Allgemeine Revision der Lehren und Meinungen über diesen Gegenstand. Braunschweig, 1832.

(239)ebenda.

(240)Wolf, Große Rechtsdenker, S.192.

(241)ebenda.

서울대학교

7. 국가와 교회와의 관계론

Althusius의 교회론은 크게 i)교회의 주권론(cap.9: De jure majestatis ecclesiastico)과 ii)교회 행정론(cap.28: De administratione ecclesiastica)으로 구분되는데 전자는 일반적으로 알려진 바와 같은 교회의 靈的 求心體 또는 인간의 영혼구원을 위한 현세에서의 최고 靈的 司牧權(gubernatio spiritualis)이 교황에 있는 것 — Matthew 16:19의 "天國에의 열쇠"說(Key to the Heaven)에 입각 — 이 아니라 "거룩하고 보편적인 교회, 곧 선택된 사람들의 總體"(sanctum ecclesium catholicum, hoc est, Universum electorum numerum),[242] 또는 "信徒들의 모임"(congregatio fidelis)이나 이들의 靈的 治理(disciplina et gubernatio)의 聖務를 떠맡은 四重職(quadruplex) — (감독들)(bishops), (장로들)(presbyters), (목사들)(pastors), (섬기는 자들)(ministers)과 같은 모두 동일하게 하느님의 말씀을 섬기는(ministerium Verbi Dei) 직책[243] — 에 있다고 본 교리내용으로서 본고에서는 이 문제에 대해서는 거론하질 않고 단지 후자의 문제만을 다루고자 하며 그것도 국가와 교회와의 관계라는 小題下에서 취급해 보려 한다.

이 국가와 교회와의 관계문제는 F.J.C.Hearnshaw가 밝힌 바와 같이 西歐 16~17세기간의 중요 사회·정치사상의 요소를 이뤄 주고 있다. 즉 Hearnshaw는 『16~17세기의 위대한 사상가들의 사회·정치사상들』(The Social & Political Ideas of Some Great Thinkers of the Sixteenth and Seventeenth Centuries)(London: George G.Harrap & Co. LTD., 1926)에서 16~17세기는 종교동란으로 인한 정치적 위기를 극복해서 정치공동체내에 법과 질서를 확립해 주기 위한 공동의 목표로서 다음과 같은 사회·정치적 懸案들 — i)종교적 寬容, ii)교회와 국가와의 관계설정, iii)교회와의 관계하에서 본 王權의 본질과 源泉문제, iv)국민국가(또는 강력한 君主國)의 수립과 주권론의 정립, v)교황과 황제의 세계시민적 권위의 제거, vi)法의 본질과 효력문제 등 — 을 해결하려고 腐心하

---

[242] Josef Bohatec, Calvins Lehre von Staat und Kirche. II.Buch: Die Kirche (Breslau: M. & H.Marcus, 1937), S.267-302; Hyung-Ki Rhee, The Theology of The Reformation. A Comparative Study On Martin Luther's and John Calvin's Theology (Seoul: PC & TS Press, 1984), p.454.

[243] Hyung-Ki Rhee, op.cit., p.467.

있다고 하였다.[244] Althusius는 국가와 교회와의 관계에 관한 논의를 다음과 같이 문제를 설정해 놓고 접근해 갔다. 즉 첫째로 俗權(世俗 權力)과 教權(宗教 權力)의 區分(Die Unterscheidung von weltlicher und geistlicher Gewalt)下에 i)俗權과 教權의 職務遂行上의 不一致性(Die Unvereinbarkeit von weltlicher und geistlicher Amtsführung), ii)교회 재판권과 세속 재판권의 분리(Die Trennung von geistlicher und weltlicher Gerichtsbarkeit), iii)교회의 教義의 자유(Die Lehrfreiheit der Kirche) 등을 거론하였고 또 다음으로는 국가와 교회와의 협력(Die Zusammenarbeit von Staat und Kirche)문제를 취급하였다.[245] Althusius는 인간이 靈·肉의 존재로서 靈界와 肉身의 세계를 지니고 있듯이 세상에는 인간의 영혼을 다스리는 靈的 政府(教會)와 세속적 정부(國家)가 존재한다고 하였다. 그러나 이 内面的 정부와 外面的 정부는 그 역할上에서 상호 차이를 이루고 있다고 하였다. 따라서 그는 사람들의 외면적인 신앙생활을 규율하는 교회법도 사람들의 양심은 구속하지 못한다고 하였다.[246] 왜냐하면 그렇게 될 경우에는 교회법은 틀림없이 사람들의 정신의 자유를 침해하게 되겠기 때문이라고 하였다. 그리고 Althusius는 무수히 성경의 예를 들어가면서 세속 職務와 교회 職務를 구분하였다. 이를 테면 국왕은 禮拜를 執典할 수 없으며 목사들은 教職(Lehramt)을 성실히 수행해야 한다고 주장하였다. 그러나 그는 예외적으로 모세(Mose)나 아론(Aron), 또는 다윗(David)과 같은 비상한 능력을 지닌 인물들은 聖·俗의 양 職責을 지닐 수가 있다고 하였다.[247]

또한 그는 교회의 활동내용—예컨대 Genf의 교회재판소의 활동상황과 같은—을 관청에 보고할 의무는 없고 오히려 평범한 세속인들과 관리들은 豫言職에서 탁월한 능력을 나타내고 있는 사람에게 권위를 부여하고 그가 요구하는 바를 기꺼이 들어 주어야 한다고 역설하였다. 한편 그는 교회재판소의 형벌권은 바로 "하느님의 말씀"과 "聖靈"(Geist)이며 따라서 교회의 형벌은 "하느님의

---

(244) Hearnshaw, op.cit., pp.32-40; Heribert Raab(hrsg.), Kirche und Staat. Von der Mitte des 15. Jahrhunderts bis zur Gegenwart(München: Verlag GmbH & Co.KG, 1966), S.36-50.

(245) Hans H.Eßer, Calvin Und Althusius. Analogie und Differenz ihrer politischen Theorien, S.178-182.

(246) Calvin, Institute(1536), III, 19,15.

(247) H.H.Eßer, a.a.O., S.179.

서울대학교

말씀의 義로운 懲戒" (Zurechtweisung aus Gottes Wort)로 인식해야 한다고 주장하였다.(248) 이러한 교회의 재판권의 권능속에는 성직자들의 解任도 포함된다. 그런데 교회재판소에 民事訴訟사건이 提訴될 경우에는 그 사건의 당사자들은 해당 관청이나 또는 재판소에 公訴되어 그 곳에서 재판을 받도록 해야 한다.(249) 왜냐하면 교회는 형벌을 加하거나 징계할 處罰權(Schwertrecht)을 지니지 못하기 때문이며 또한 교회는 監獄을 지니지 못하고 정부처럼 여타의 處罰權을 지니지 못하기 때문이다. 또한 Althusius는 神法에 의해서 교황에게 敎·俗 양 최고권능이 부여되어야 한다는 가톨릭側의 주장에도 단연 반대하였다.(250) 그리고 그는 신앙교리의 내용 결정은 오직 교회만이 지닌다고 하였다.(251) 그래서 그는 Emden市廳이 직접 Emden市와 東Frisland 백작간에 발생한 신앙분쟁을 해결하는 것에 반대하였고 Emden大교회의 長老會(Presbyterium)가 이를 몸소 해결토록 촉구하였다. 그렇지만 알투지우스의 이러한 입장은 Politica 제3판에서 露呈된 바와 같이 바뀌어 갔다. 그것은 그가 Emden市의 Syndikus職을 수행하면서 교회의 聖化활동과 교리의 순수성유지 보다는 Emden市 전체의 정치적 평화와 질서유지 문제를 보다 중시하였기 때문이었다.(252) 따라서 현실 정치가의 한사람으로서의 Althusius는 宗派的 문제보다는 國家理性의 要求를 보다 중요하게 여겨던 것이다.(253) 이러한 경향은 그가 정치적 경륜을 더해 갈수록 두드러지게 노정하였다. 이른 바 그가 십계명의 내용을 실생활에 적용하는 解釋權을 신학자나 교회측 보다 정부가 더 지녀야 한다고 하면서 Herbon대학의 동료 신학교수들과 논쟁을 벌인 점이라든지 또는 그의 Politica 서문에서 이런 점을 강조한 점과 Politica 제3판에서 長老會에서 선출된 목사들로 하여금 政務官 앞에서 그들의 맡은 바 직책을 성실히 수행할 것을 誓約케 한 점이라든지 또는 政務官이 장로회에서 선출한 목사들을 拒否할 수 있는 권한을 지니게 한 점(254) 등은 그 모두 이러한 입장에서 우러 나왔던 것이다.

---

(248) H.H.Eßer, a.a.O., S.179.

(249) ebenda.

(250) Calvin, Institute, IV, 11, 11-14.

(251) Heinz W. Antholz, Die politische Wirksamkeit des Johannes Althusius in Emden. Diss. Köln 1954, S.79-87.

(252) ebenda, S.77.

(253) H.H.Eßer, a.a.O., S.180.

(254) H.W.Antholz, a.a.O., S.71,77.

그럼에도 불구하고 알투지우스는 평생 교회가 복음에 대한 설교의 자유를 지닐 것을 主唱하였고 이 자유는 그 어떤 국가적 制裁下에서도 상실될 수 없다고 하였다. 뿐만 아니라 그는 정부관에 의해서 신학서적이 검열받는 것에도 단연 거부하였다. 비록 그는 이러한 입장을 끝까지 堅持하지는 못했지만 말이다.

한편 有機體的 社會觀을 지닌 그는 국가와 교회는 神앞에서 신성하고 견고한 유대에 의해 상호 협력관계에 있음을 천명하였다. 마치 人體의 두 눈 중에서 어느 한 쪽이 손상을 입으면 다른 눈도 손상을 입듯이 말이다.[255] 따라서 교회는 국가와의 협력관계 속에서 인류의 聖化와 救援이라는 공통의 목표에 매진해야 한다고 주장하였다. … "우리는 종교의 보호를 위한 국가의 刑罰權에 관해서 언급해 왔는데 이로 부터 우리는 교회에 위협이 되는 것은 또한 국가에 의해서 처벌되어야 한다는 인식을 지니게 될 것이다. 그러므로 破門權(das Recht der Exkommunikation)은 '국가의 명령에 따라서'(von Staat wegen) 교회가 留保하고 있어야 한다. 그래서 만일에 거짓 교리를 설교하는 목사가 나타날 경우에는 교회와 국가는 협동하여 그를 解任토록 촉구해야 한다. 그리고 전체 교회의 복지를 위해서 국가와 정부는 상호 격려와 지원을 해 주어야 한다. 교회재산에 관해서는 정부는 그 재산에 대한 監査權을 지니고 교회는 관리권을 지닌다.[228] 그런데 만일에 교회가 관리권을 지닐 수 없는 경우에는 교회는 정부가 그 관리권을 지니고 매년 이 교회재산으로 부터 생기는 收益을 탕진하질 않고 성실하게 활용한다면 이에 만족해야 할 것이다. 무엇보다도 이전에 가톨릭 교회에 속해 있었던 교회토지나 財物의 관리가 그러하다." …

그러나 알투지우스는 칼빈이 Genf에서 엄격하게 실시했던 바와 같은 神權政治나 루터의 국가교회(Staatskirche) 노선에는 반대하였다. 그는 신앙의 문제는 황제도 영방군주도 強制할 수는 없다고 하였다.[256] 그 이유는 신앙은 황제의 선물이라기 보다는 神의 은총의 선물이기 때문이다.[257] 비록 그는 신앙은 강요될 성질은 아니라 하더라도 Arius派와 같은 異端이나 무신론자 및 신앙자유론자(Libertin)들은 배격하였다. 뿐만아니라 그는 가톨릭파와 루터파에 대해서도 不寬容정책으로 임했다. 그러나 이러한 불관용정책이 프랑스의 유그노의 반란과 같은 사태를 촉발할 위험이 대두할 경우에는 公安(pax et ordo)을 배려하여 그들과의 共生을 모색토록 권장하였다. 또한 그는 유대교의 활동에 대해서도 비교적 관대한 입장을 취하였다.

---

[255] H.H.Eßer, a.a.O., S.180.

[256] ebenda, S.181.

[257] Politica(1614), XXVIII: De administratione ecclesiastica, 67; F.S. Carney, S.167.

8. Althusius의 국가론의 意義와 限界

지금까지 Althusius의 정치사상을 그의 Politica 第 1,2,3版의 내용을 典據로 삼고 또한 서구의 古代-中世-近代에 걸친 國家論의 배경을 이뤄 준 제반 精神史的 風土, 특히 自然法사상과의 연관하에서 고찰해 보았다. 이러한 고찰을 통해 槪括的으로 파악할 수 있는 점은 우선 時代史的인 眺望을 해보았을 때는 그의 정치사상은 i)16C 중엽~17C 초의 독일제국의 二元的 憲政構造(dual constitution)內에서 빚어진 제반 이데올로기적·정치적·사회적 對決狀況을 반영하고 있음을 알 수 있을 것이다. 즉 그의 정치사상은 당대의 독일제국내에서 황제와 독일 領邦諸侯들의 君主制的(herrschaftlich) 지배경향에 맞서는 전통적인 신분세력들(황제에 대해서는 七選帝侯를 포함한 領邦君主들의 세력을, 그리고 영방군주에 대해서는 도시自治體와 騎士領을 포함한 영방신분 세력들을 일컬음)의 法人團體的(genossenschaftlich)·自立的 정신을 聯邦制下에서 흡수·통합시키려 했음을 알 수 있을 것이다. 그리고 그는 ii)당대의 종교전쟁으로 인한 사회적 대혼란과 무정부상태, 그리고 종교적 獨斷과 증오심의 만연[258]을 종식시키고 자연법의 원리-바른 理性(recta ratio)과 正義의 구현-와 국민의 效用증진, 그리고 특히 성경의 福音精神에 입각해서 평화롭고 정의로운 政治共同體를 형성해 보려고 노력했음을 알 수 있을 것이다. 그의 '共生'(symbiosis)의 원리제창과 共生學(symbioticus)의 정립노력은 다 이와 같은 입장의 반영이었다고 보여 진다.

다음에 정치사상사적인 관점에서 보았을 시에는 그의 정치사상은 아직 근대적인 성향을 충분히 반영못하고 있는 점을 느낄 수 있다. 즉 첫째로 그의 聯邦國家論은 근대 歐美諸國의 聯邦國家(federal state 또는 Bundesstaat, United States)개념 — 네델란드 연방, 스위스 연방, 美合衆國, (舊)西獨聯邦 — 에서 볼 수 있는 바와 같이 이 연방국가를 基本法과 單一共通主權을 지닌 抽象的인 實體로 파악하질 못하고 여러 固有主權을 지닌 公法人들의 聯合體(confederation, United Nations)로 파악하려한 경향을 여전히 내포하고 있고, 또 둘째

---

(258) Peter Blickle, Hans-Christoph Rublack, Winfried Schulze, Religion, Politics and Social Protest. Three Studies on Early Modern Germany(London: George Allen & Unwin, 1984), pp.1-18, 61-88; Quentin Skinner, The Foundations of Modern Political Thought, Volume II(Cambridge·London·New York: Cambridge University Press, 1978), pp.350-352.

서울대학교

로는 그의 연방국가론과 긴밀한 관련을 지니고 있는 바이지만 그는 국가의 주권(ius regni)을 황제의 '개인적 주권'(majestas personalis)과 全體 臣民들의 '실제적 주권'(majestas realis)으로 兩分하려한 인상을 짙게 풍겨 주어 근대국가적인 국민의 '직접주권'론 대신에 이른 바 '間接主權'論[259]을 피력해 준 한계를 노정하였고, 또한 세번째로는 人民(populus) 개념을 근대적인 개인주의적・합리주의적 관점[260]에서 파악못하고 중세의 團體(法人)主義的 有機體的 개념과 연루되어서 해석해 준 점이며, 그리고 네번째로는 그의 자연법사상이 비록 고대의 Stoa적・Cicero적 자연법사상과 脈을 동하고는 있지만 Calvin의 神法개념을 크게 脫皮못하고 있고 또 스페인의 살라만카학파의 후기 Thomism의 자연법사상과도 상통하고 있어서 Hugo Grotius에서 볼 수 있는 바와 같은, 合理的 自然法 내지 理性法의 성격[261]을 확연하게 명시하지 못하고 있는 점이다.

그러나 그가 15~16세기의 휴머니즘시대 — 廣義的 의미로 종교개혁기 까지 포함 — 의 일반적 정치적 조류인 '初期 絶對君主制' 의 경향[262]을 당대의 'Politiques' (주로 佛 宗敎動亂期의 정치사상가들을 통칭하는 용어이나 본고에서는 그 범위를 확대시켜서 Machiavelli, Lipsius…Hobbes 등도 포함시켰다)들 처럼 따르지 않고 「民」(Volk)을 최고의 법개념과 법가치로 여긴 人民大權說(國民主權說)을 간접적이나마 강도높게 주장하여 고대－중세－근대조의 자연법사상속에 내포되어 있는 정치철학의 기본적 원리를 재천명해 준 점은 높이 평가해 주어야 할 것이다.

---

(259) H.W.Antholz, a.a.O., S.22에서 Antholz는 이러한 Althusius의 間接主權論은 그의 국민주권론의 아킬레스의 발꿈치와 같은 弱點이라고 평가해 주었다.

(260) Paul E.Sigmund, op.cit., p.55; Richard Hönigswald, Hobbes Und Die Staatsphilosophie(München: Verlag Ernst Reinhardt, 1924), S.157-181.

(261) Hans Wehberg, Hugo Grotius(Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1956), S.3-61; Hans Maier, Heinz Rausch, Horst Denzer(Hrsg), a.a.O., S.293-320.

(262) J.W.Allen, A History of Political Thought In The Sixteenth Century (London: Methuen & Co. LTD., 1928), pp.xv-xvi, pp.157-168. 한편 Horst Dreitzel은 종교개혁 이후 프로테스탄트측의 초기 절대군주제적 경향은 주로 Aristoteles의 形而上學적 方法論을 재응용해서 수렴되었다고 주장하였다.(Vgl. Horst Dreitzel, a.a.O., Vorrede.)

끝으로 Julius von Gierke의 다음과 같은 慨嘆의 소리를 소개함으로써 제2차 대전이후 독일의 법사상가들이 Althusius의 國家論에 대해 올바르게 재인식하게 된 점을 음미해 보도록 하자.

… "아! 만일에 우리들이 보다 일찍기 Althusius의 정치사상을 보다 깊이 통찰했었더라면 우리는 國家社會主義의 그 악마적 暴政으로 부터 벗어나서 破局에 처하게 되지는 않았을 터인데…" (263)

이러한 입장은 알투지우스를 전후로 한 서구 16~18세기의 자연법사상과 국가론에 관해 주로 연구해 온 「요하네스 알투지우스 協會」의 공통된 입장이다.

---

(263) Julius von Gierke, Neues über Johannes Althusius(Berlin: Carl Heymanns Verlag KG, 1957), S.7.

IV. 알투지우스의 법이론

1. 법이론의 基調

알투지우스가 그의 법이론을 통해서 나타내고자 한 궁극적인 의도는 종교개혁의 와중에서 새로이 역사의 全面에 대두한 '국가' — 이것은 근대초에 lo stato, status, stät(Staat), estat(État), 그리고 State 등으로 다양하게 불리어 졌다[(1)] — 라는 세속적 정치공동체를 종래의 기독교의 後見과 그 비호로 부터 벗어나게 해서 이 정치공동체를 법률에 의해 재구성해주고 아울러 정치공동체의 통치권력의 정당성을 법률에 의해 확보해 주며 또 이와 더불어 세속통치권의 행사가 법률에 의해 제한을 받는, 말하자면 국가가 법의 지배를 받는 그러한 法治國家(Rechtsstaat)를 구축하려는 데에 있었다.[(2)] 따라서 알투지우스에게 있어서 국가는 바로 동일된 법에 의해 통치되는 '법공동체'(Rechtsgemeinschaft)였다.[(3)] 그러므로 알투지우스의 법이론은 정치공동체에 관한 포괄적인 정치이론인 '一般國家論'(Allgemeine Staatslehre)과 밀접한 관계를 지니고서 종래에 로마법의 법조목에 대한 決疑論的 주해(kasuistischer Kommentar)에 치중했던 로마법 주석학자들과는 달리 정치·사회적 현실에 대한 예리한 인식위에 합리적이고 논리적인 개념과 방법론을 동원하여 포괄적인 법체계를 구축해 준 '一般法理論'(Allgemeine Rechtslehre)을 지향하였다.[(4)]

그의 법이론 속에는 로마법과 교회법 및 게르만법이 망라되어 있고 또한 근대초 新Stoa주의에 영향을 받아 부활한 '바른 이성' (recta ratio)과 '自己保存'의 자연법의 원리와 그리고 십계명을 포함하여 성경의 많은 구절들이 인용되어 있다. 로마법과 교회법의 양법학자인 알투지우스는 당대의 로마법繼受운동의 영향을 받아서 "로마법의

---

(1) 제후(Fürsten)의 권력기구, 즉 왕조와 이 왕조를 존속케 하고 더불어 이 왕조에 의존해 살아갔던 군사적 일동과 臣民집단을 통칭하여 "lo stato"로 불렀다. 이 말의 뜻은 제후 라틴어의 "status"에서 유래한 중세 전성기의 독일어인 "stat" 및 동일한 어원에서 유래한 프랑스의 "estat"라는 명칭 유행하였다. 이 stat와 estat라는 두개의 용어는 공동체의 정치-사회적 상태, 즉 공동체의 통치질서를 염두에 두고 있는 그 어떤 공동체의 "政體"(Verfassung)를 나타내 주었다. Vgl. C.-F.Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S.43.

(2) C.J.Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik, S.161; Erik Wolf, Große Deutsche Rechtsdenker, 4.Aufl., 1963, S.208ff.

(3) Erik Wolf, a.a.O., S.214.

(4) A.a.O., S.208/9.

서울대학교

현대적 適用" (Usus modernus Pandectarum)에 지대한 관심을 지녔다.[5] 그의 이러한 노력은 그의 法書인 Jurisprudentia Romana와 Dicaeologica에서 집약되어 나타났다.

Althusius협회의 간사인 Dieter Wyduckel은 전술한 알투지우스의 法書들에서 노정된 알투지우스의 법이론의 要諦를 아래와 같이 3가지로 집약해 주었다.

첫째로 Jurisprudentia와 Dicaeologica는 단지 로마법적 법규와 제도의 단순한 서술만은 아니다. 그것은 오히려 전승된 법자료들을 매우 독자적이고 또한 임의로 加工하여 그것들을 체계화된 전체 법체계로 구성하려 하였다. 곧 알투지우스는 Cujacius와 Donellus 등의 갈리아(프랑스)법(mos gallicus)의 자유학파들의 체계론의 先例를 따라 유스티니아누스의 로마법에 의해서 명시된 법률들에 대한 指向을 거부해서 법자료들을 법자료에 적합해 보이는 합리적 기준에 따라 새로이 정리하였다. 이로써 그는 한편으로는 로마법의 현대적 적용의 길을 닦았고 또 한편으로는 전체의 법을 포괄하는 一般法理論 ── 現行法의 모방(模)을 넘어서서 구조들과 관계들에 관한 고찰도 자유로이 행하고자 한 ── 으로의 길을 닦았다.[6] 둘째로 국가개념과 마찬가지로 Althusius의 법개념은 인간들의 사회적 공공생활, 즉 symbiosis humana와 관계를 지니고 있다.

법의 대상은 Althusius에 의해 사실(factum)들로 명명된 공공적 업무(negotia symbiotica)이다(Dic. I, I 6ff.). 이들은 법질서의 실체를 이루며 사람(persona)이나 사물들이 동등하게 그 대상을 이루고 있다(Dic. I, I 9).[7] 또 다시 사람은 본래 한 사람으로 고립되어 있는(als einzelne per se et disjunctim)양상하에서 고찰되거나 또는 집단 이나 社團의 전체성원(collective vel conjunctim)으로서 고찰되었다(Dic. I, V 2). Althusius는 사실적인 與件에 그의 법개념을 대치시켰다(Dic. I, XIII ff.).[8] 그의 법개념은 원칙상 통일된 개념이었으나 관찰대상의 성격과 그것의 공공성(Vergemeinschaftung)의 정도에 따라 分化되었다. 따라서 공공사회(societas publica)에 관련된 법들은 각기 특수한 共生法(jus symbioticum)으로 불리어 졌다. 알투지우스는 이 법이 사회적 공공생활에 필요하고 유익한 것을 규제하기 때문에 그것을 그의 정치학서인 Politica에서 共生的 公法(jus symbioticum publicum)이라고 칭하였다.[9]

셋째로 알투지우스는 법의 체계적인 분류를 시도했는데 이러한 시도는 실로 그에 의

---

[5] Hans-Gert Roloff(hrsg.), Die Deutsche Literatur. Biographisches und bibliographisches Lexikon. Reihe II: Die Deutsche Literatur zwischen 1450 und 1620, Bd. 1, Bern 1990/91, S.349.

[6] ebenda.

[7] A.a.O., S.350.

[8] ebenda.

[9] ebenda.

해서 최초로 이뤄진 것은 아니더라도 그는 이를 포괄적인 국가법체계의 수립을 위해서 의도적으로 시도하였다. 이러한 법의 분류중에 가장 주목되는 것은 법을 일반적 부분인 'membra'와 특수한 부분인 'species'로 구분한 점이다. 'membra'는 법의 토대나 요소의 핵심을 형성하고, 'species'는 두개의 특수한 법영역을 포괄하고 있다. 즉 그 무엇보다도 법(권리)의 획득(Rechtswerb)과 법(권리)의 상실(Rechtsverlust)이라는 법(권리)의 구분(Rechtszuteilung)과 訴訟法(Verfahrensrecht)의 두 개의 특수한 法域을 포함하였다.(10) Althusius는 이 특수한 부분의 첫번째의 전체 내용을 "Dicaiodotica"(Dic. I, XXXV ff.)로, 그리고 두 번째의 내용을 "Dicaiocritica"(Dic. III, I ff.)라고 命名하였다.(11) 소송법의 분리취급에서 Althusius는 그의 시대에서는 결코 자명하게 인식하지 못했던 實體法과 節次法(materielles und prozessuales Recht)(12) 사이의 차이를 인식해서 그의 법이론을 위해서 이용한 줄 안 점이 여실히 드러났다.(13)

비록 우리가 이러한 Althusius의 법개념의 분류를 일일이 오늘날의 현실에 적용할 수는 없다고 하더라도 이러한 개념적 식별은 오늘날의 법률학에 까지도 근본적인 범주로서 결정적인 영향을 미치고 있다. 한편 Erik Wolf와 C.J. Friedrich는 알투지우스의 법이론의 意義는 근대 최초로 정치체계에 적합한 헌법이론을 구성해 주려 한 점에 있었다고 평가해 주었다.(14)

알투지우스는 支配權(통치권력)을 수립하고 제한하는 법률전체를 基本法(lex fundamentalis)으로 설명하고 이러한 기본법의 토대위에서 국가공동체가 수립된다고 주장하였다(Pol. XIX 49). 그래서 알투지우스에게 있어서는 모든 통치권력은 항시 이미 제약을 받고 있는 것이며 법에 의해 限定되어 있는 것이었다(potestas limitata, potestas alligata)(Pol. XVIII 106).

알투지우스는 이와 같은 국가통치를 위한 기본적인 헌법(=국가법)의 제정을 통해서 당시 二元的 國制下에서 심각하게 종교분쟁과 이로 인한 政體危機를 겪고 있었던 신성로마독일제국(15)을 항구적인 평화와 질서가 보장되는 聯邦制的 立憲國家체제로 구축해 주려 하였다.

(10) H.-G. Roloff(hrsg.), S.350.

(11) ebenda.

(12) 實體法이란 事項의 실체에 대하여 규정한 법이고, 節次法이란 실체법을 실현하는 절차에 대해서 규정한 법이다. 예컨대 돈을 빌린 사람은 그것을 갚을 義務가 있다고 한 民法規定은 실체법이며, 돈을 갚지 않았을 때 강제로 받아내는 절차를 규정한 民事訴訟法은 절차법이다. cf.「法律用語辭典」(서울: 法典出版社, 1979), p.47.

(13) H.-G. Roloff(hrsg.), a.a.O., S.350.

(14) Erik Wolf, a.a.O., S.208; C.J.Friedrich, a.a.O., S.161.

(15) 15세기에 보편화 된 국민국가 개념에 고무되어 1486년의 帝國法(Reichsgesetz)은 최초로 "독일민족의 神聖로마제국"(Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation)을 호칭하고 황제 Maximilian I는 통치대관식을 취소하였다. Vgl. C.-F.Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S.12.

서울대학교

2. 법의 本質과 源泉

Althusius는 Dicaeologicae,[16] Libri I, cap.13, De jure communi에서 법의 본질에 관해 다음과 같이 정의하였다. … "법은 우리들에게 있어서 사물과 사람들 속에서 어떤 사실(행위·거래)이 이뤄지기 전에 먼저 존재하며, 인간의 사회생활의 필요와 有用, 그리고 지시를 위해서 제정된다." (Jus nobis hic est, quod ob factum praecedens, homini in re vel persona, aliqua, ad vitae hujus nesessitatem, usum & directionem constitutur.) 여기서 사실(factum)은 법이 구성되는 기원이며(factum est principium et causa qua ius constituitur)[17] 행위·거래(negotium)는 시민들에 의해서 'symbioticus'(共生共同體)의 행위라고 말하여 지고 있다. 왜냐하면 그것은 인간의 삶의 실천·나눔·참여등에 관계하고 있기 때문이며 또는 그것이 인간사회의 함양과 보존 그리고 존속을 위해서 유익하고 필요한 행위이기도 한 반면에 또 다른한편으로는 이와는 반대로 인간사회를 교란시키기도 하기 때문이다(…negotium hoc dicitur civile seu actus symbioticus, quia ad usum et consortium, seu communionem humanae vitae pertinet. Seu quia ad societatem humanam colendam, conservandam et continuandam est utile vel necessarium factum aut contra ad eandem impediendam, vel turbandam tendit…)[18]

또한 법은 사람들 사이에서 효력을 지닌 의무들에 관한 指示들, 곧 합법과 이에 反하는 不法에 관해 제정한 규칙(규정)들의 총합이다.[19] 그런데 법은 실정적 법규 — 制定法(Satzungsrecht) — 의 正當만이 아니며 이것을 넘어서서 正義의 要諦이다.[20] 다시 말해서 법은 사실(Gegebenheit)들의 제 관계를 규율하기 위해 제정된 법규일 뿐만 아니라 인간생활에 방향과 질서 및 가치를 제공해 주고 있는 모든 인간적 행위들을 지도해 나가기 위한 규범의 총체(Richtschnur)이다.[21] 따라서 법은 인간

---

[16] Dicaeologica는 잘 형성된 인간의 (생활)공동체내의 법에 관한 학문이며 또는 공생공동체의 행위에 관한 학문이고 또 법을 잘 시행하기 위한 技術이다…따라서 이 外面的인 正義를 시행하는 사람은 합법적인(정의로운) 사람으로 일컬어 진다()Dicaeologica est ars iuris in symbiosi humana bene colendi, vel ars negotii symbiotici et iuris bene exercendi…Unde homo iustitiam hanc externam colens, iustus dicitur …(). cf. Dic. I, I, 1 seq.

[17] Dic. XXXV, 8; Peter Jochen Winters, Die }Politik{des Johanes Althusius und ihre zeitgenössischen Quellen: Zur Grundlegung der politischen Wissenschaft im 16. und im beginnenden 17. Jahrhundert(Freiburg, 1963), S.138.

[18] Dic. I, VI, 6 seq.

[19] Dic. I, XIII, 1 seq.

[20] P.J. Winters, a.a.O., S.140.

[21] ebenda.

의 공동생활에 있어서 단일한 질서를 창조하는 힘이다. 이 점을 Althusius는 다음과 같이 역설하였다. --- '정치 공동체내에서 법은 마치 세계에서 神이, 선박에서 선장이, 馬車에서 마부가, 합창단에서 지휘자가, 그리고 군대에서 사령관이 수행하는 것과같은 기능을 수행한다. 따라서 법이 없으면 家庭, 도시국가, 공화국 및 세계 자체도 존립할 수 없다." --- [22] 이처럼 그는 인간의 共生생활은 법없이는 불가능하다고 하였다. 여기서 Althusius는 不法(행위)(delictum)를 다른 사람의 위엄과 명예 및 명성을 말과 행위들에 의해 저하시키고 손상입히는 것이라 정의하고, 특히 이 침해행위(convico)때문에 불법(행위)로 간주된다() Iniuria est, qua alterius dignitas, existimato, honor et fama minuitur et laeditur, verbis, vel factis alterius, ita hic specialiter accipitur iniuria, pro convico, quae alias generaliter est, quicquid non iure fit.() [23]고 하였다.

법의 호칭은 다양하다. 즉 법은 公法(jus publica), 유용한 私法(privatim utile), 人定法(hominis causa constitutum), 去來法(praeceptum de negotio, quod est inter homines), 정의와 불의에 관한 법규(regula justorum & injustorum, praeses), 훌륭한 지도자(dux bonorum), 국가의 엄숙한 약속(sponsio Reipubl.), 生의 규범(norma agendorum, vitae), 길(via), 정의와 불의의 식별(justi & injusti discretio), 當爲法(lex operum faciendorum), 성문법·판결·법률(statutum, judicium, lex), 정의로운 법(justitiaen lex) 등으로 다양하게 불리운다.[24]

또한 법은 제정되는 것이며(constitutionem) 여러 유형(species)을 지닌다.[25] 법의 제정이란 행위(일·업무)의 특성과 본질로 부터 바른 이성, 또는 자연적 이성(recta ratio, naturalis ratio)에 의해, 인간의 有益과 필요를 위해, 正義에 따라 법을 수립하는 행위이다(原文 : Constitutio juris est, qua illud ex negoti natura & qualitate, secundum rectam rationem, 1.9.ibi, naturalis ratio. de just. & jur. exigente utilitate & necessitate humana.)[26]

법의 종류(species iuris)는 객관적 법과 주관적 법의 두가지로 나누인다. 객관적 법은 超實定法, 共通法, 自然法과 그리고 일정한 상황에서 일정한 사람들에게만 통용력을 지니는 실정법으로 이뤄져 있고 주관적 법은 객관적 법으로 부터 유래된 것으로서 사물(Sachen), 소유권(dominium), 개인적 권리, 債務(obligatio)에 관한 법으로

[22] Politica, X, 8.

[23] Dic. I, c.XXIII, 1.

[24] Dic. I, c.XIII, 35.

[25] ebenda, 36.

[26] ebenda.

구성되어 있다.(27)

초실정법인 자연법, 즉 공통법은 공통의 바른 이성에 따라서(secundum recta ratio communis) 인간의 사회생활의 공동의 필요와 복지를 위해서 마련된 법이고(Naturalis & communis est, quam recta ratio communis, propter communem humane vitae socialis necessitatem & utilitatem parit. Unde jus, naturale vocatur.)(28) 시민의 고유법인 실정법은 특수한 바른 이성에 따라 어떤 지역의 사회생활의 필요와 효용을 위해서 제정된 법으로 이것은 일명 固有法 내지 市民法으로 불리운다(Civilis propria est, quam recta ratio specialis, ob necessitatem & utilitatem seu vitae socialis loci alicujus certi introduxit & constituit. Unde vocatur jus proprium & civile cujusq; loci.).(29)

법은 여러 動因(causae efficientes), 또는 源泉들에 의해 공동법으로서의 자연법(ius naturale)과 萬民法(ius gentium) 및 시민법(ius civile)으로 세분된다. 공통법은 자연 또는 神으로 부터 직접 인간의 마음속에 무엇을 행하고 행하지 말것에 관해 씌어진 법이며 이 법을 준수하는 자는 이 법이 인간사회의 公益을 위해서, 그리고 인간사회에 해로운 惡人들의 처벌을 위해서, 또한 죄없는 자들을 구원하기 위해서 그 얼마나 유익한 것인가를 알게 된다고 하였다.(30) 그리고 人定法 속에는 자연에 대한 인식이나 자연적 경향이 내포되어 있는데 이러한 自然認知에 의해서 사람들은 정의로운 것을 인식해서 이를 행하게 되며 그리고 정의롭지 못한 것은 唾棄하게 된다고 하였다.(31) 여기서 Althusius는 법의 원천을 神 또는 자연, 또는 더나아가 인간의 바른 이성, 곧 正義의 認識에 두고 있음을 노정하였다.

알투지우스는 신앙적으로는 인간본성(자연)의 타락을 지탄하였던 칼빈니즘을 신봉했기 때문에 共生 共同體(communautés symbiotiques)의 기본법(헌법)의 원천을 理性法보다는 啓示된 神法, 즉 특히 신약 성경상의 黃金律과 山上垂訓의 내용을 중심으로 한 복음서의 계시적 진리와 十誡命의 새로운 해석을 핵심내용으로 지닌 크리스챤 법(lex christi)에서 찾는 경향을 강하게 나타내었다.(32) 그러나 다른 한편으로 Althusius는 휴머니즘 시대의 新스토아주의를 섭렵하고 있었기 때문에 위의 크리스챤 법을 스토아도덕(보다 정확히 말해서 Cicero형태로 표현된)과 결합시켰다.(33) 그래서 법 전반의

(27) P.J. Winters, a.a.O., S.140.

(28) Dic. I, c.XIII, 36.

(29) ebenda.

(30) ebenda.

(31) A.a.O., S.37.

(32) Michel Villey, La formation de la pensée juridique moderne(Paris, 1975), p. 587.

(33) Ibid.

서울대학교

성격을 하나의 도덕규칙, 곧 어떤 직책에 관련된 의무(officia)(34) ── 무엇을 행하고 행하지 말라는 명령과 禁忌의 성격을 띤 ── 의 성격으로 전환시켰다. 곧 그는 법 또는 권리는 행할 것과 행하지 말것을 규정한 것(lex vero et jus hoc est faciendorum vel omittendorum regula)이라고 하였다.(35) 그러나 그 명령과 의무의 성격이 개인의 主體的 權利(=主觀 公權)나 團體(法人)(universitas)의 고유권리와 公共善을 침해하지 못하게 하였는데 이와 같은 정신을 그는 법의 第--原理로 삼았다.(36)

이러한 기본 입장에 서서 Althusius는 로마법의 私法體系를 당대 성숙되어 가고 있던 시민사회와 국가생활에 보다 적합하게 하기 위하여 私法의 法域을 확대시키고 ── 예컨데 契約(contractus), 합의, 主觀的 公權 영역등 ── 또 새로운 공법의 法域을 발견하여 ── 예컨데 소송절차, 형법분야 등 ── 이를 통합된 국가법의 체계속에 도입시켰다. 그러나 그는 C.J.Friedrich, Erik Wolf, Ulrich Scupin, 그리고 Dieter Wyduckel등이 공히 지적하고 있는 바와 같이 국가 공권력의 토대가 계약과 합의적 기초에 있음을 강조하는 국민주권론의 입장에서 국가법을 民法化하려는 경향을 크게 노정하였다.(37)

Althusius의 포괄적인 국가법체계 구성시도는 전술한 바와 같이 그의 法書인 Dicaeologicae lib.I,II,III(1617)에서 최종적으로 나타났다. 그런데 그의 국가법체계의 내용구성에 있어서 Otto von Gierke는 독일법의 단체법(Genossenschaftsrecht)적 요소를 강조하였고 그리고 C.J. Friedrich와 Erik Wolf는 로마법을 현대적으로 적용한 Pandecten의 요소를 역설하였는데 실제로는 이 두요소는 알투지우스의 국가법체계 내에서 融合되어 있었다. 그러나 한가지 중요한 사실은 이 두 법사상의 전통과 法素材들이 알투지우스의 자연법사상의 토대위에서 새롭게 해석되고 재구성되었다는 점이다.

그러나 그의 자연법사상은 아직 기독교적 자연법사상의 한계내에 있으면서도 16세기 스페인의 Salamanca학파의 자연법사상(38)의 영향을 받아 세속적 합리주의적 자연법사상의 편린을 적잖이 나타내 보이고 있는 과도기적 입장을 노정하고 있었다.(39)

---

(34) Dic. I, X,7~XXI,27.

(35) Dic. I, X,4.

(36) Michel Villey, op. cit., p.587.

(37) C.J. Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik, S.165.

(38) Ernst Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca(Karlsruhe, 1955), S.1-56.

(39) Dieter Wyduckel, "Althusius, Johannes, in: Die Deutsche Literatur, Biographisches Lexikon. Reihe II, S.350.

3. 자연법 사상

(1) 자연법의 源泉과 認識

Althusius의 자연법에 관한 서술은 그의 정치학 저서인 「政治學方法論考 : 敎・俗事例에 의한 註解」(Politica Methodice Digesta, atque exemplis sacris et profanis illustrata)(=Politics Methodically Set Forth Illustrated With Sacred and Profane Exemples)(1603) 第21章의 "국가행정집행을 위해 제정해야 할 법에 관하여"(De lege, ad quam suscepta Reipublcae administratio est instituenda)에서와 그리고 그의 법논리학서인 Dicaeologicae 第1卷 第13章에서 이뤄졌다.(40)

Althusius는 그의 정치학서에서 자연법을 아래와 같이 다양하게 표기하였다. 즉 "jus divinum et naturale",(41) "lex divina et naturalis",(42) "aequitas moralis",(43) "lex moralis",(44) "jus naturale",(45) "jus gentium",(46) "jus gentium commune",(47) "communis et perpetua lex",(48) "jus commune", "lex communis"(49) 등으로 표기하였다.

알투지우스는 이 자연법의 원리를 국가의 憲政構造의 土臺로 삼았고 또 계약을 법규화하기 위한 그 합리적 기준으로 삼았다.(50) 알투지우스에게 있어 자연법 또는 공동법(lex communis)은 神으로 부터 모든 인간들의 마음속에 새겨진(eingegraben) 법으로 인식되었다.(51) ("Lex communis est quae natura sua omnibus hominibus a Deo est ingenerata.") 이 법은 또한 '도덕법'(lex moralis)으로 불리운다고 하였다.

---

(40) Eckhard Feuerherdt, Gesellschaftsvertrag und Naturrecht in der Staatslehre des Johanes Althusius, S.131.

(41) Politica, IX. 21.

(42) ebenda.

(43) A.a.O., X. 8.

(44) A.a.O., X. 8, XXI, 19, 29.

(45) A.a.O., XVIII, 18, XXXVIII, 129.

(46) A.a.O., I. 34, XVIII, 16.

(47) A.a.O., V. 18.

(48) A.a.O., I, 11.

(49) ebenda.

(50) Feuerherdt, a.a.O., S.1-3.

(51) Politica, XXI, 19.

서울대학교

이렇게 자연법을 도덕법으로 인식하려는 점에서 알투지우스는 古代 Stoa사상의 '바른 이성(recta ratio)' 론을 계승·발전시킨 16세기 스페인의 후기 토미즘학파(일명 살라만카학파)의 자연법사상을 계승하고 있음이 노정되었다. 그러나 칼빈니스트인 그는 神자신이 이러한 도덕법을 인간들에게 계시해 주었고 그리고 이 계시에 의해 神은 인간들에게 神과 그 이웃을 사랑할 것을 命하고 있다고 하였다. 또 神은 인간들이 이러한 法에 따라 살도록 하는 경향(=사연, 본성)을 주셨다고 하였다.[52]

神은 도덕법을 유대인들에게는 십계명(Dekalog)으로 주셨다. 그러나 이 도덕법은 모든 민족들에게도 공통으로 적용되며 그들에 대해서도 神은 동일한 명령을 내리고 있다고 하였다.[53] 따라서 알투지우스에게 있어서 이 도덕법으로서의 자연법은 主(Lord) 그리스도가 이 법을 완성해서 인간들의 마음속에 다시 심어준 법이기도 하며 또한 神은 이 법을 통해서 만민들에게 삶의 질서를 豫定해 주셨고, 그래서 이 법은 만민들에게 공통법으로서, 즉 다시 말해서 萬民法(ius gentium)으로 통용되기도 한다고 주장하였다.[54]

이와 같은 입장을 알투지우스는 Politica XXI, 20에서 아래와 같이 사도 바울(Paulus)의 주장을 인용하면서 나타내었다.

…"神으로 부터 법을 부여받지 못한 민족들이 그 법에 맞는 행동을 할때는 그 행동들은 이미 법의 효력을 지닌다. 또 제민족들이 지닌 양심이 그들에게 올바른 길을 지시하면 이때 그 양심은 (자연)법의 활동이 그들의 마음속에 씌어준 바를 명시하고 있는 것이다."…[55]

그런데 알투지우스는 칼빈이 주장한 바와 같이 이 자연법의 인식에는 사람들마다 차이가 있다고 하였다. 왜냐 하면 이 법은 모든 사람들의 마음속에 똑같이 刻印되어 있지 않기 때문이라고 하였다. 다시 말해서 神은 그의 의지에 따라 어떤 사람에게는 보다 크게, 그리고 어떤 사람에게는 보다 적게 부여해 주었다고 하였다. 따라서 어떤 사람은 이 법에 보다 많은 복종을 바치게 하고 또 어떤 사람에게는 보다 적게 복종하도록 정해 주었다고 하였다.[56] 이런 점에서 그는 칼빈의 은총론과 예정설을 그의 자연법 인식의 전제로 삼고 있음을 드러내었다.

이처럼 알투지우스에게 있어서 자연법의 원천은 전통적인 프로테스탄트들의 주장처럼 神意에 있었다. 따라서 神法이 바로 자연법으로 인식되었다. 그러나 그는 자연법

---

(52) Politica, XXI, 19.

(53) A.a.O., XXI, 29.

(54) ebenda.

(55) Feuerherdt, a.a.O., S.132.

(56) Politica, XXI, 21; Feuerherdt, a.a.O., S.132-133.

서울대학교

(lex naturalis)과 神法(lex divina)은 그 啓示方式(Offenbarung)에서 차이가 난다고 하였다. 즉 자연법은 神意에 의해 모든 인간들에게 심어준 合法과 不法을 구분할 수 있는 天賦의(本有의) 인식능력에 의해 — 여기서 그는 인간의 바른 이성의 역할을 중시하고 있음을 노정하였다 — 터득한 모든 원리들(예컨대 惡을 피하고 善을 행하라든지, 협의와 계약은 준수하라든지, 또는 개인과 집단들에게 자기 보존을 위해 상호협조와 나눔을 행하라는 지시 등)이고 神法은 神이 유태민족에게 계시해 주었고 예수 그리스도에 의해서 최종적으로 완성된 십계명(Dekalog)의 엄명속에 그것의 기본적인 내용을 총괄하고 있다고 하였다. 그러므로 알투지우스는 Dicaeologica에서 jus commune—자연법의 또다른 명칭임—을 神 또는 자연으로 부터 인간들에게 직접 계시된 법으로 호칭하였다.[57] ("Commune igitur jus est, quod a natura vel a Deo immediate hominum entibus est insciptum.")

그러므로 알투지우스의 自然觀은 Stoa의 자연관념처럼 보편적인 우주(자연)질서 속에서 이끌어 낸 규범의 의미로서의 자연관념은 약해 보이고 당대의 프로테스탄트들의 일반적인 주장처럼 神意에 의해 인간들의 理性속에 심어준 啓示的 眞理를 자연법과 동일시하는 경향을 크게 노정하였다. 그러나 그는 계시적 진리로 나타나는 神意를 인간은 바른이성을 통해서도 인식할 수 있다는 신념을 피력해 줌으로써 칼빈의 소극적 자연관과 否定的 인간이성론을 넘어서서 근대 합리주의적 세속적 자연관 및 자연법사상으로 나아가는 길을 열어 주었던 것이다. 그렇지만 그는 아직 근대 개인주의적 합리주의적 자연법사상에서 일반적으로 상정하였던 自然狀態論과 自然權論[58]은 제시하지 못하였다. 이런 점에서 볼 때 알투지우스의 자연법사상은 중세기독교적 자연법사상에서 근대 합리주의적 자연법사상으로 나아가는 그 과도기 내지 이행기의 사상임을 엿볼 수 있다.

한편 알투지우스는 Dicaeologicae에서 jus commune과 jus gentium과의 관계에 대해서도 논하였다. 중세의 자연법 논의에서는 萬民法을 自然法과 人定法사이의 중간적 지위에 놓는 입장이 유력했는데 그 까닭은 만민법이 모든 민족에 공통된 법원리를 含有하고 있고 또한 만민법이 자연법의 不變性에 참여하고 있기 때문이었다. 그러나 알투지우스는 이에 따르지 않고 이 두 법간에 다소의 구분을 두면서도 일반적으로 jus gentium을 자연법으로 간주하였다. 그러나 이때도 그는 종래에 로마법적 해석에 따라 자연법을 모든 생물에 공통된 법으로, 그리고 만민법을 오직 인간들에게만 적용되는 법으로 해석하는 입장에는 반대하였다.[59]

---

[57] Politica, XXI, 29; Feuerherdt, a.a.O., S.133.

[58] Heinrich A. Rommen, The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy. trans. by Thomas R. Hanley(London: B. Herder Book Co., 1955), pp. 76-107.

[59] Feuerherdt, a.a.O., S.134.

(2) 自然法의 內容

Althusius는 jus commune속에는 무엇보다도 사람들이 神과 그 이웃을 사랑하라는 일반적인 원리이외에는 달리 아무것도 규정되어 있지 않다고 말하였다.[60] ("In communi hoc jure nihil aliud, quam generalis theoria et praxis dilectionis, tum Dei, tum proximi traditur omnibus hominibus.")

또 그는 이 자연법의 내용을 Dicaeologicae, lib.I, cap.13, 14에서는 "善하고 합법적인 것은 행하고 사악하고 불법적인 것은 행하지 말라" 라는 원리와 동일시 하였다.[61] 그는 바로 이러한 원리는 경건한 생활과 神에 대한 존경을 명령하고 있는 십계명 제1조와 일치하며 그리고 십계명 제2조의 이웃사랑의 계명은 정당하고 합법적인 정치적 생활을 영위하라는 명령의 내용을 포함하고 있다고 하였다.[62]

십계명 제1조의 命令은 취소되거나 제약될 수 없으며 심지어 神자신도 이 명령을 철회하거나 제한시킬 수 없다. 따라서 이 계명을 거역하는(verstößen) 자는 無神論者(Gottlos)라고 하였다.[63] 또 그는 십계명 제2조의 이웃사랑의 계명은 공동체성원 상호간에 事物, 봉사, 충고, 權利등을 나누라(交換)는 이른바 정당한 정치적생활을 위한 규범의 제시내용이라고 풀이해 주었다. 또 그는 십계명 제5조의 부모사랑의 계명속에는 臣民들이 統治者에 대해서 어떻게 행동하고 또 통치자는 臣民들의 권리를 어떻게 보호해야 하는가 하는 내용이 포함되어 있다고 확대해석 했다. 그래서 그는 사람들이 이러한 계명들을 준수한다면 共同體內에 秩序가 유지되고 또 人間社會內의 여러 階層들의 秩序(平和)가 破壞되지 않는다고 하였다.[64] 이처럼 Althusius는 십계명 제2조와 제5조의 계명을 정치적 생활과 국가활동에 연관시켜서 설명해 주었다.

---

[60] ebenda.

[61] E. Feuerherdt, a.a.O., S.135.

[62] ebenda; Politica, XXI, 28.

[63] E.Feuerherdt. a.a.O., S.137; Politica, XXI, 28.

[64] Politica, I, 11,12.

이러한 연유로 Gierke는 Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssyetematik(1880)에서 Althusius를 近代 自然法思想에 입각한 최초의 國民主權論者요 民主主義者라고 까지 격찬하였다.(65) 위에서 설명한 바와 같이 Althusius는 神學上의 내용을 신학 그자체의 설명에만 한정하지 않고 그것을 정치공동체에 확대적용해 보려고 시도했던 것이다. 그가 1603년 이후 增補發行하기 시작했던 Politica 第1, 第2, 第3版등의 發刊도 다 이와 같은 基督教的 信條와 政治的 生活과의 一致를 위한 信仰人과 그리고 정치인 및 法律人으로서의 시도였던 것이다.

Gierke가 지적해 준바와 같이 Althusius는 십계명 제2조와 제5조의 내용을 近代民主政治 — 보다 구체적으로는 立憲(制限)民主政 — 에 附合하는 方向으로 해석해 주었고 그것은 그의 「法論理學」(Dicaeologicae)書에서도 여실히 나타났던 것이다. 그는 십계명의 계명과 그리스도의 복음내용을 영구불변의 진리로 받아드리면서 이것을 實定法規化하려는 노력을 위의 법논리학서에서 포괄적으로 체계화시켰던 것이다. 그 체계는 로마법의 체계를 따르되 Occam, Suárez 이후 발전해 온 「主體的 權利」내용을 보다 세분해서 실정법규속에 포함시켰던 것이다. 그럼 다음에는 Althusius가 자연법과 실정법의 관계를 어떻게 설정하였는지 이에 대하여 검토해 보자.

(3) 自然法과 實定法과의 관계

Althusius는 인간생활의 일반적 필요를 위해 공동의 바른 이성에 의해 제시된 자연법과는 달리 實定法은 특수한 바른 理性에 의해(secundum recta ratio specialis)특수한 필요와 장소의 여건하에서 제정된 법(66)이라고 하였다. 이 실정법(lex propria(固有法) vel civilis(市民法))을 Althusius는 Dicaeologicae와 Politica 에서 다음과 같이 定義하였다.

… "실정법(특수법)은 공동법(자연법)으로 부터 특수지역의 이익을 위해 조건과 자연(본성)에 따라, 또한 그밖의 다른 특수한 상황에 따라서 정무관에 의

---

(65) Otto von Gierke, a.a.O., S.27.

(66) Dicaeologicae, lib. I., cap.13, 7, 8.

해 發議되어 제정된 법이며 이 법의 제정목적은 특수하고 일반적인 방식과 理性을 일깨워서 어떤 국가의 구성원들이 自然的 正義(衡平)를 施行·遵守토록 하고 또 그런 정신을 함양시켜 줌에 있다."…

(原文 : Propria lex est, quae ex lege communi, pro loci cujusque utilitate, conditione et natura, aliisque circumstantiis particularibus, a magistratu concipitur et constituitur, ut doceat peculiaria media, viam et rationem, quibus liceat certae Reipublicae alicujus hominibus naturalem illam aequitatem praestare observare et colere.)[87]

따라서 實定法의 課題는 국가안에 살고 있는 사람들이 自然的 正義속에 살 수 있도록 특수한 길을 제시하는 일이라고 하였다.[68] 때문에 Moses도 십계명에 의해 수많은 法을 公布하였는데 그 이유는 십계명을 실현하되 그것을 유대국가의 특수한 필요에 부응하기 위함이라고 하였다. 이러한 관계에서 볼 때에 實定法은 해당국가의 특수한 관계에 적용된 자연법을 포함하고 있는 것에 불과하며 따라서 실정법은 자연법의 侍女라고 하였다.[69] 그러나 실정법은 자연법과는 달리 ―자연법은 모든 사람들 마음속에 깊이 뿌리박혀 있지를 못하고 또 자연법의 일반적 교리는 모든 나쁜 행위자들에 대한 處罰權을 행사못하는 것과는 달리 ―惡德 및 不法行爲者에 대한 刑罰의 威脅權限을 지니고 있다고 하였다. 그는 이러한 實定法은 반드시 다음의 두요소를 구비해야 한다고 주장하였다. 즉 첫째로, 실정법은 자연법에 일치해야 하며, 둘째로 실정법은 자연법과 다른 점이 있어야 한다고 하였다. 다시 말해서 만일에 실정법이 자연법과 다를 바 없이 命令(지시)을 내린다면 그때는 실정법은 그 어떤 새로운 法을 制定하는 일이 아니되며 한편 이에 반해서 실정법이 자연법에 위배된다면 그것은 不法(ungerecht)이 될 것이다. 그렇기 때문에 다음과 같은 일이 필요하다고 주장하였다. 즉 i)실정법이 자연법으로 부터 완전히 벗어나지 말것과 ii)자연법의 본래의 취지를 실정법이 다소라도 저촉되는 일이 없도록 하며 iii)또 한편으로는 실정법이 자연법과 완전히 일치해서 그것과 똑같이 표현되어서도 아니 될 것이라고 하였다.[70] 그리하여 그는 이러한 실정법의 특징 때문에 立法家에게 어

---

[67] Politica, XXI, 30; Dicaeologicae, lib.I., cap.14, 1.

[68] Politica, XXI, 30.

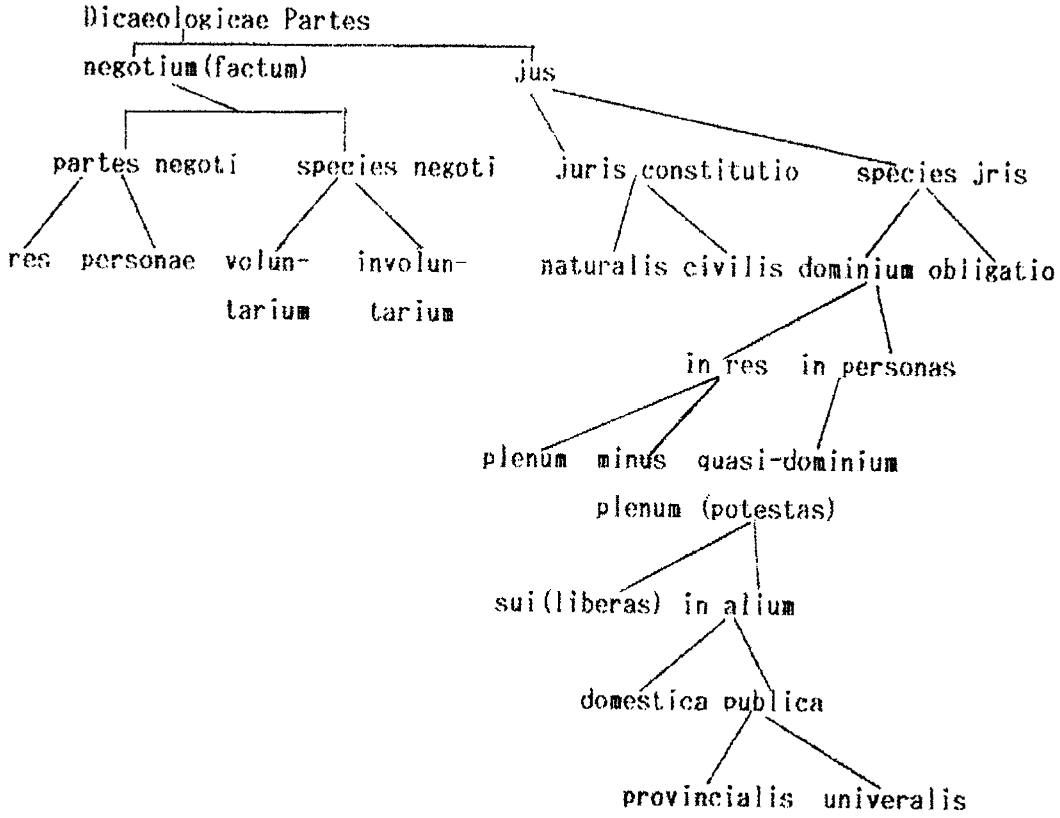
[69] ebenda.

[70] Politica, XXI, 32; Dicaeologicae, lib., cap.14, 9.

서울대학교

는 정도의 裁量權을 부여하라는 中世時代 이후의 실정법이론에 동의하였다.[71]

그럼 여기서 잠시 Althusius의 實定法의 體系에 대하여 槪觀해 보도록 하자. 전술한 바와 같이 그의 실정법체계는 그의 「法論理學」(1614) 1. 2. 3卷에 잘 나타나 있는 데 그 체계구성은 당대 프랑스의 저명한 논리학자이며 수학자인 Pierre Ramée(1515~1572)의 '二元分離法'(dichotomy)과 그리고 Cicero의 영향을 받아 이뤄졌다. 그리하여 그는 法論理學的 要素(Dicaeologicae Partes)를 우선 'factum'(사실) 또는 'negotium'(행위)과 'jus'(法, 權利)로 구분(2분법)한 뒤에 또 각각의 부분을 계속적으로 2分法化해 나아갔다. 이를 도식화하면 다음과 같다.



Vgl. Dicaeologicae, liber Primus(1617)

Michel Villey, La Formation De La Pensée Juridique Moderne: Cours D'Histoir De La Philosophie Du Droit(Paris: Les Éditions Montchretien, 1975), p.591.

---

[71] Politica, XXI, 33; E. Feuerherdt, a.a.O., S.140.

이 도표에서 알 수 있는 바와 같이 Althusius는 이미 Stoa이론에서 비롯되고 그 후 Duns Scotus와 Occam, 그리고 Suárez에 이르러 '主體的 權利'(subjective right)로 발전한 'Jus'槪念-본래 jus 槪念은 자연 또는 神으로 부터 이끌어 낸 객관적인 올바른 法이라는 의미를 지녔었음-의 體系化에 상당한 진전을 이룩해 주었던 것이다. 그의 Dicaeologicae 第1卷은 바로 이 主體的 權利의 取得과 喪失에 관한 연구(dicaeodotica)-이 연구는 Rome法의 Digest의 영향을 많이 받았음-내용이며, 第2卷은 이 主體的 權利의 防禦 및 制裁의 연구(dicaeocritica)이며 第3卷은 訴訟 節次法에 관한 내용이있다.(72) 비록 Althusius의 법학 논리체계가 오늘날 사용하는 것과 같지는 않지만 權利槪念의 통일성과 명확성을 이룩해 주었고 또한 法槪念의 논리적 체계화를 시도해 준 近代初期의 법학자라는 점에서 그는 높이 평가되고 있다.

(4) 自然法 認識에 있어서 神學과 法律學의 課題

Althusius는 십계명을 어느 정도 자연법의 啓示로서 이용할 것인가에 관해 진술한 후에는 또다시 다음과 같은 문제를 제기하였다. 곧 自然法을 究明하고 또 十誡命을 해설할 권한을 누구에게 부여하느냐 하는 문제에 관해 논하였다. 이러한 문제에 대한 해답을 이미 그는 Politica 序文에서 아래와 같이 暗示的으로 피력하였다.

… "지금까지 정치학의 과제는 정치학과 아무 관련이 없는 他학문 분야와 협조속에서 취급되어 왔다. 예컨대 정치학의 중요분야이어야 할 主權의 主體, 內容, 行使方法등이 法學에서 다뤄져 왔고 또 神學은 정치학의 곳곳에다 基督敎的 경건성과 이웃사랑의 계명을 뿌려놓아 마치 십계명이 정치학의 문제에 있어서 해설자가 된 것처럼 영향력을 구사해 왔다" …(73)

이러한 사실에 不滿을 노정한 Althusius는 성경의 福音속에 神의 意思가 어느 정도 啓示되어 있는가 하는 것을 결정할 권한은 政府(Obrigkeit)가 지녀야 한다는 입장을 堅持하였다.(74) 이러한 태도에 대하여 당시의 神學者들은 Althu-

---

(72) Dicaeologicae, liber primus(Herborn, 1617).

(73) Politica I, Vorrede, S.3.

(74) Carl J.Friedrich, Politica Methodice Digesta of Johannes Althusius(Althaus)(Cambridge: Harvard University Press, 1932), S.XXVIII.

서울대학교

sius를 無神論者요 사악한 인간이라고 혹평하였지만 Althusius는 일관되게 모든 법에 있어서 그 무엇이 한정된 시대적 의미를 지니고 있고 또 永遠한 의미를 지니고 있는가 하는 것을 결정할 권한은 정부와 法律學者가 지닌다고 하였다. 그의 이러한 입장은 Politica, XXI, 41 에서 다음과 같이 나타났다. …' 현재 우리들에게 논란의 대상이 된 점은 신학자들이 입을 모아 神學에 속한다고 하는 십계명의 어느 부문을 정치적 이론에 귀속시키는가 하는 것이다. 그런데 우리들의 이러한 의도를 신학자들이 마치 우리들이 神의 계명의 統一性을 침해했다니 또는 십계명의 가치는 정치적 문제에 있어서는 沈默을 의미한다느니 하면서 반대하는 것은 나의 판단에 의하면 잘못된 일이다. 왜냐하면 십계명이 共生(symbiosis)的 삶을 규제하고 또 현세에서 무엇을 행할 것인가를 명령(지시)하고 있는 한 십계명의 實體는 또한 정치적인 것이기 때문이다.'[75]

그래서 Althusius는 십계명속에서 敬虔한 生活에 관한 指示와 合法的 생활에 대한 명령을 구분하여 前者는 神學과 神學者의 영역으로 그리고 後者는 政治學과 法律學의 영역으로 삼아야 한다고 하였다.

(5) 自然法과 國家權力과의 關係

전술한 바와 같이 自然法을 法律學의 영역으로 삼자는 주장은 神學으로 부터 自然法을 分離하자는 주장에 정당성을 주고는 있지만 그렇다고 알투지우스가 國家理論으로 부터 종교적 요소의 영향을 전적으로 제거하자는 주장에 타당성을 부여하지는 않았다. 따라서 Reibstein이 "알투지우스가 성경을 토대로 해서 주장하는 것은 그가 교회와 신학에 예속되어서가 아니라 세계적 공동체에 대한 관심을 지닌 법률가로서이다"[76] 라고 한 말은 옳은 주장이라고 생각된다. 다만 Reibstein이 Althusius의 靈感은 神學的·聖經的이 아니고 世俗的·自然法的 類型이라는 주장은 적절치 못하다고 본다. 왜냐하면 Althusius는 그의 정치학과 法律學에 관한 저서에서 성경내용을 수천번 인용했기 때문이다. 그러나 이러한 성경인용은 분명히 성경註解 그 자체에 목적을 두고 있는 것이 아니라 그의 정치적·법률적 설명을 위한 목적에 있었다. 곧 그는 전술한 바와 같이 십계명을 자연법의 總體(또는 眞髓)라고 생각하면서 이 십계명 제2조와

---

[75] Eckhard Feuerherdt, a.a.O., S.142.

[76] Reibstein, Althusius, S.13f.

서울대학교

5조 그리고 6조와 10조 내용에서 사람들 상호간에 지켜야 할 명령뿐만 아니라 政治共同體內에서의 支配者와 支配集團, 그리고 臣民들간의 雙務的인 關係를 이끌어 내었던 것이다. 즉 臣民은 公義로운 통치자에게 절대복종을 바쳐야 하나—그러나 그는 칼빈처럼 神意를 위배한 公義롭지 못한 군주(최고정무관)에 대한 소극적 저항권은 인정했다—또 한편으로 통치자는 臣民들의 人身과 事物(財物)을 침해로부터 보호하고 또 자신은 십계명의 禁令에 스스로 拘束당하면서 단지 不德하고 不法한 臣民들에 대한 懲戒權과 아울러 유사시에는 公開徵收權을 부여받는다고 하였다.[77]

Althusius는 이러한 自然法에 입각한 支配와 服從關係의 原理들을 정치공동체의 基本法(jus symbioticum)속에 포함시켰다. 따라서 Althusius에 의해 統治權力(=支配權力)은 神法과 自然法, 그리고 人定法에 土臺를 두고 成立된다고[78] 주장되었다. 다시 말해서 모든 政治共同體의 成立과 그 權力發生의 根源은 神意에 의해 부여된 自然法과 그리고 이 自然法에 立脚해서 制定된 實定法에 있다고 하였다.[79] 그러므로 近代初 君主主權論者들이 '君主는 法으로부터 자유롭다'(princeps legibus solutus est)라고 한 君主絶對政의 原理는 Althusius에 의해서 단호히 排擊되었다. 또한 Althusius는 支配者의 權力行使의 權能도 臣民들의 委任(mandatum, delegation)에 의한다고 하였다.

이러한 臣民들의 統治權委任權도 神意가 自然法上의 原理로서 臣民들에게 그들의 지배자를 選出(任命)할 권한을 부여해준 데에 입각한다고 하였다. 이른바 統治(支配)契約에 의한 統治權樹立의 源泉도 神意와 自然法에 있다고 주장했던 것이다. 이런 면에서 Althusius는 君主絶對權을 주장했던 Luther와 對比되며 또한 비록 共和主義的 理念을 내포하고는 있었지만 철저한 神政政治理念을 표방했던 Calvin의 정치사상과도 현저한 대조를 이뤄 주었던 것이다.

---

(77) Politica, X, 7; XXI, 24, 27, 75.

(78) Politica, VIII, 22, 56.

(79) 그는 Jean Bodin의 주장에 따라 국가안에 최고권력, 곧 主權(jus maiestatis)가 存在한다고 봤으나 그러나 이 主權은 절대적이 아니라고 했다. 왜냐하면 主權위에 上位權力으로서 神法과 自然法이 군림하고 있기 때문이라고 했다.
cf. Politica, IX, 21.

(6) 자연법史에 있어서 알투지우스의 位相

古代 헬레니즘시대의 자연법사상은 可變的이고 상대적인 현세의 관습법과 실정법에 대하여 항구불변하고 보편타당한 법규범의 원천을 外界의 자연질서(λόγος, logos) 및 인간의 자연(본성)(φύσις)속에서 찾고자 한 경향을 보인 반면에[80] 로마帝政 말기와 중세 초기의 敎父(Christian Fathers)들은 그 원천을 한 단계 더 昇華시켜 神의 존재 속에서 찾으려 했다.[81] 이러한 논의는 보다 차원높게 진행되어 중세에는 자연법의 원천이 神의 理性 또는 叡智에 놓여 있는가 그렇지 않으면 神의 意志에 놓여 있는가 라는 논쟁으로 深化되어 13세기에 St. Thomas Aquinas에 이르러서는 神의 이성(ratio) 내지 예지(intellectus)쪽으로 귀결되었다.[82] 그리하여 자연법은 영구불변한 神의 이성 그 자체요 또는 神의 우주창조계획인 永久(遠)法(ius aeterena)의 일부분에 참여하는 보편타당한 원리요 명령으로 인식되었고 또 그 명령은 우리들 마음속에 刻印되어 있는 것으로 설명되었다.[83]

그러한 명령(원리)중에 第一原理는 Thomas에 의하면 惡을 피하고 善을 행하라는 것이었고[84] 第二原理는 인간의 自己保存慾과 社會性에 연관된 諸 원리들이었다.[85]

그런데 중세말인 14세기경에 후기 Schola학파의 일원인 Duns Scotus와 Occam은 形而上學的 唯名論(metaphysical nominalism)에 입각한 「神意志 優位論」을 전개하여 神意에 의해 神의 理智 및 神의 본성 그 자체의 반영인 자연법이 변경되거나 무시되는 사례 ― 구약 성경상의 여러 例 ― 들을 주장하게 되었다.[86] 이로 인해 소위 神意에 의해 결정되는 실정법만이 법으로서의 효력과 가치를 지니게 되고 자연법은 유명무실한 존재로 전락하게 될 위기를 맞은 이른 바 法實證主義 사상이 발호하게 되었다.

이러한 神意志 優位論과 법실증주의적 경향은 Luther와 Calvin 등의 프로테스탄트

---

(80) A.P. d'Entrèves, Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy(London:Hutchinson University Library, 1951(1967)), pp.20-22.

(81) Ibid., pp.35-36.

(82) D.J. O'Connor, Aquinas and Natural Law(London: Macmillan, 1967), pp.57-63.

(83) Otto Hermann Pesch OP, Theologie der Rechtfertigung bei Martin Luther und Thomas von Aquin. Versuch eines systematisch-theologischen Dialogs(Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967(1985)), S.414-424.

(84) A.a.O., S.417; Paul E. Sigmund, Natural Law In Political Thought(New York: University Press of America, Inc., 1971(1982)), p.53.

(85) Sigmund, op. cit., p.54.

(86) Ibid., pp.58-59.

서울대학교

개혁가들에게도 傳承되었다.(87) 그러나 16세기에 스페인의 살라만카대학과 「예수회」(Jesuit Order)를 중심으로 한 Thomism 부흥운동－특히 Suárez가 중심이 된－은 자연법이 神法 下位의 법으로 존재해 있고 또 그것이 인간의 마음(이성)속에 항구불변하고 보편타당한 원리로 각인되어 있음을 재인식시켜 주었다.(88)

Johannes Althusius는 자연법을 십계명과 그리스도법(lex Christi)으로 본 점에 있어서는 Calvin類의 Protestant神學과 법철학 사상에 동조하였지만 이 십계명과 그리스도의 복음정신을 정치학이론－Politica(1603, 1610, 1614 …)－과 법률학이론－Dicaeologicae(1617)－에 실제로 적용하려고 시도한 점에 있어서는, 즉 다시 말해서 神意와 인간의 바른 이성에 따라 새롭게 국가질서를 재구성해 보려는 '자연법에 토대를 둔 국가권력의 창출'(naturrechtliche Ausbildung der Staatsgewalt)에 있어서는 16세기 스페인의 후기 토미즘학파의 사회계약론과 국민주권론을 원용하였다.(89) 이러한 정치이론에 있어서 그의 공훈은 Otto von Gierke가 평가해 준 바처럼 자연법사상과 사회계약론에 입각하여 국민주권 사상과 법치국가론 ― 이 법치국가의 구체적인 國制 형태는 聯邦制였음 ― 을 이론화 한 점이며 그리고 법이론에 있어서의 공훈은 Duns Scotus, Occam, Suárez 등에 의해서 발전해 온 '主體的 權利(主體的 權利)'(ius subjectivum) 개념을 르네상스 시대의 최대의 논리학자인 프랑스의 P. Ramée의 二分法的 방법론(90)에 의해 체계화시켜서 권리의 취득과 상실의 연구 ― Dicaeologicae 제1권의 'dicaeodotica'론 ― 및 권리의 방어와 권리침해에 대한 制裁의 연구 ― Dicaeologicae 제2권의 'dicaeocritica'론 ― 를 완성해 보려고 한 점이있다.

Althusius에 의해서 활용된 인간이성 내지 예지의 역할은 Hugo Grotius에 의하여 더욱 활용되어 '神이 아니 계셔도 자연법의 원리는 존재한다'라는 주장으로 까지 발전하였지만 그래도 아직 Calvin派의 變種인 Arminius派(91)였던 Hugo Grotius는 자연법과 神과의 관계를 단절시키지는 못하였다. 이러한 단절은 비로소 Thomas Hobbes에 이르러 이뤄졌다.(92)

홉스에게 있어서도 법규의 실질적 淵源에 따라 하느님의 법규(lex divina) 및 자연

(87) Sigmund, op. cit., pp.62-63.

(88) Heinrich Rommen, Die Staatslehre des Franz Suárez(New York: Arno Press, 1979), S.74.

(89) G. Oestreich, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, S. 36-41.

(90) Walter J. Ong, Ramus: Method, and the Decay of Dialogue. From the Art of Discourse to the Art of Reason(New York: Octagon Books, 1974), pp.258-267.

(91) George H. Sabine, A History of Political Theory(New York: Henry Holt and Company, 1937(1959)), p.436.

(92) Heinrich Rommen, Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts(Berlin, 1947), S.157.

서울대학교

법규(lex naturalis)가 시민법규(lex civilis)와 함께 인식되어 법과 神과의 관계가 云謂되었으나 그에게 있어서 하느님의 법규나 자연법규는 궁극적으로 같은 것이었고 그것은 단지 시민과 군주를 구속하는 도덕적 기초였을 뿐 법규칙은 아니었다.(93) 그러므로 홉스에게 있어서는 군주의 의사와 명령에 의해 제정된 시민법규만이 법으로서의 효력과 가치를 지닐 뿐이었다. 이와 같은 홉스의 법실증주의적 입장은 John Locke에 의해 극복되어 근대 합리주의적·개인주의적·급진주의적인 자연법과 자연권론은 자유 민주주의적 방향으로 보다 발전을 하게 되었다. C.J. Friedrich가 알투지우스의 자연법사상과 영국의 Richard Hooker(1553~1600)의 "理性法"(law of reason)(94)이론이 John Locke의 정치, 법사상의 선구가 되었음을 지적해 준 점(95)은 알투지우스의 자연법사상이 근대 자연법사상에서 차지하는 위치와 역할을 평가해 주는데 있어서 좋은 길잡이가 될 것이다.

알투지우스는 지금까지 고찰한 자연법사상을 법철학의 토대로 삼고 또한 당대 신성로마-독일제국에서 통용된 'Pandecten'의 요소와 전통적인 독일법의 ***素材***들을 통합하여 "**一般 國家法**"(Allgemeines Staatsrecht)체계를 근대 독일에서 뿐만 아니라 유럽에서 최초로 그리고 가장 포괄적으로 수립해 주었다.

---

(93) Thomas Hobbes, Naturrecht und Allgemeines Staatsrecht in der Anfangsgründen. Mit einer Einführung von Ferdinand Tönnies(Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983), S.100~113; ders., Leviathan. XXVI, 30.

(94) Hooker는 「교회정체에 관한 법률」(Law of Ecclesiastical Polity)(1593)에서 자연법을 이렇게 호칭하였다. 그리고 그는 이 자연법상의 원리로서 '자연적 평등'(natural equality)과 '공동체 동의'(consent of community)론을 주장했다. cf. P.E. Sigmund, op. cit., p.75.

(95) C.J. Friedrich, Johannes Althusius und sein Werk(中略), S.130-133.

서울대학교

4. 국가법체계의 구조와 내용

(1) 로마법의 현대적 적용

P.J. Winters, H.U. Scupin, Erik Wolf, 그리고 Michel Villey 등의 서구의 현대 法制史家들이 주장했듯이 Althusius가 근대 유럽의 법제사상사 上에서 공헌해 준 바는 16~17세기의 법률이론과 법素材들을 통합하여 하나의 포괄적인 일반 국가법체계를 구성해 준 점이다. 1586년에 신성로마 제국의 自由市의 일원이었던 Basel대학에서 로마법의 '無遺言 相續' (successio ab intestate)에 관한 테제의 연구로 법학박사 학위를 수여받았고 동년에 제네바대학에 가서 「로마법대전」(Corpus Iuris Romana)을 편찬하여 당대 로마법의 大家로 알려진 Dionysius Gothofredus에게 修學한 알투지우스는 로마법의 私法내용과 公法내용을 적극 繼受해서[96] 아직 部族法(Stammrecht)과 地方法 ── 각 領邦내의 封建法(Lehnsrecht), 도시법(Stadtrecht), 莊園法(Grafrecht)등 ── 단계에 머물고 있는 독일법의 미비된 法源을 보충해 주고 아울러 繼受된 로마법을 제국의 普通法으로 통용시키려고 노력했다.[97] 이러한 시도는 황제 Maximilian I가 로마법의 本繼受를 통해서 제국개혁과 제국의 법통일을 도모해 보려는 그 시도의 일환으로 시작되었으나 국가적 상태와 그 지위(Staatlichkeit)를 획득해 보려는 제국의 각 領邦(Land, Territorium)들도 경쟁적으로 로마법을 본격 수용하였다.[98]

중세 독일인들은 국가는 법을 실현하기 위하여 존재하고 통치자는 자기보다 上位의 권위를 지닌 법에 종속한다고 생각하였다. 그리고 국가의 목적은 현존하는 질서, 즉 '좋고 오랜 법' (gutes altes Recht)을 유지해 나가는데 있다고 여겼다.[99] 따라서 게르만적 공동체는 그 본질상 하나의 법치국가였다. 13세기에 독일 최초로 Sachsenspiegel이라는 法書를 지은 Eike von Repgow는 "神이 곧 法이다" (got ist selve recht) 라는 명제를 제시하였는데 그의 이와 같은 주장은 법의 淵源을 神에 두고자 한 게르만 법관념의 기틀을 형성해 주었다.[100] 그러므로 중세 게르만의 사회에서는 법이 주권자였다. 원래 神이 주권자였으나 법도 그것이 神을 거역하지 않는 한 마찬가

---

[96] Helmut Coing, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, S.47-56; F.H.Schubert, Die Deutschen Reichstage in der Staatslehre der Frühen Neuzeit, S.18-23.

[97] Coing, a.a.O., S.47-50.

[98] M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, S.396.

[99] Fritz Kern, Recht un Verfassung im Mittelalter(Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981), S.87-91.

[100] A.a.O., S.143; Ph. Heck, Der Sachsenspiegel und die Stände der Freien Beiträge zur Geschichte der Stände im Mittelalter, 2. Bd. Halle a/S., 1905.

서울대학교

지로 주권자로 여겨졌던 것이다.[101]

알투지우스는 이와 같은 게르만의 법관념을 계승하고 또 14~17세기初 동안에 신성로마-독일제국에서 제국의 기본법의 기틀을 형성해 온 제 요소들(Verfassungsorganismus)[102]과 당대 변화된 帝政현실을 고려하면서 계수된 로마법의 체계속에서 독일제국 전반에 통용될 수 있는 일반 국가법(Allgemeine Staatsrecht)을 제정해 보려 하였다. 이처럼 신성로마-독일제국에서 알투지우스를 비롯하여 독일의 보통법학자들이 로마법을 독일적 상황에 부합하도록 재구성해 보려는 시도를 독일법제사에서는 일명 '로마법의 현대적 적용"(Usus Modernus Pandectarum)으로 부른다.[103]

알투지우스의 Pandecten 註解체계는 그 編別法상에서 기존의 로마법체계의 근간을 이뤄 왔던 유스티니아누스帝의 「법학提要」(Institutiones)의 체계와는 달랐다.
본래 Institutiones는 Gaius의 「법학제요」에 따라 4권으로 나누어져 있었다. 즉 1권은 사람(persona)에 관한 법이고, 2권은 物件(res)의 분류, 소유권(dominium), 物權(iura in re) 및 遺言相續(successio ex testamento), 3권은 無遺言相續(successio ab intestate), 계약(contractus) 및 債權總論(obligatio), 그리고 4권은 不法行爲(delictum), 民事訴訟(actio civilis), 간단한 刑事訴訟(actio ex delicto)으로 나누어져 그 寫本이 전해 내려 오고 있었는데[104] 알투지우스는 그의 최초의 로마법서인 Jurisprudentia Romana duo(1586,1588)에서 다음과 같이 법체계의 편별법을 달리하였다.
즉 그는 제1권은 實體法의 내용으로 구성하고 제2권은 일종의 節次法에 해당하는소송과 소송절차법으로 구성하면서 제1권의 실체법내용을 아래와 같이 분류하였다. 제1장은 법의 본질과 원천(De Iure in genere)을 취급하였고 제2장~제68장은 권리의 취득(acquisitio)을, 제69장~제70장은 권리의 상실(amissio)을 취급하였다.[105] 또 그는 권리의 취득면에서 「법학제요」의 편별법과는 달리 사람(persona)보다는 物件(res)을 먼저 다루었다. 그것은 당대 신성 로마제국에서도 근대 시민사회의 성숙이 비록 북부이탈리아 제 도시 공화국이나 영국과 프랑스의 왕정에 비해서는 다소 뒤쳐져 있었다하더라도 제국의 자유시나 몇몇 영방에서는 시민사회가 성숙되어 이른 바 占有, 소유권, 채권·채무관계, 유산상속 등의 제반 경제·사회적 문제들이 국가생활 전반에 대두하였

[101] Fritz Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie(Darmstadt, 1980), S.11.

[102] H.H. Hofmann, Quellen zum Verfassungsorganismus des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1495~1815(Darmstadt, 1976), IX.

[103] Adolf Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien, Band 1(Stuttgart: Scientia Verlag Aalen, 1964), S.79-111.

[104] Wolfgang Kunkel, Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung(Köln: Böhlau, 1985), S.149-159.

[105] Jurisprudentia Romana duo(1586,1588), S.1-300.

기 때문이다.[106]

알투지우스는 전술한 바와 같이 권리의 취득조목을 물건과 사람으로 분류한 뒤에는 사람의 요소를 '의지'(voluntas)와 '신의성실'(bona fides)로 세분하고 그 "種"(species)을 취급하였다.

여기서 그는 모든 권리(ius)들을 "소유권"(dominium)과 "債權"(obligatio)로 양분했다. 그는 이 소유권을 占有(possessio)와 통합되어 있는 것으로 여겼고(cap.5), 또 이 소유권의 파생물로서 '타인의 재산속에서의 권리'(用益權)(the rights in the property of others)(cap.6~7)와 公權(potestas publica)(cap.8~10)과 私權(potestas privata)(cap.11) — 그는 공권과 사권을 "사람의 사람에 대한 권리와 상속을 통한 이익"(jus personae in personam et ejus bona per consequentiam)으로 표기하였다 — 을 제시하였다.

그리고 그는 물건을 "소유와 占有이유에 따라"(ratione dominii et possessionis) 神聖物(res divini)과 人定物(res humani)로, 그리고 公物(res publici)과 私物(res privati juris)로 나누었다(cap.12). 그 다음에 그는 소유권 취득을 위한 일반적인 필수요건 (cap.13. De generalisbus affectionibus)에 관하여 거론하였다. 그리고 指定後見 (tutela testamentaria)과 法定後見(tutela legitima)에 의한 특수한 遺産所有方式에 관해 거론했다(cap.14~24)[107] 또 제25장에서는 채권과 채무관계에 대한 일반적인 취급(De obligatio in genere)을 한 후에는 이어서 혼인, 고용, 合法化(c.26~49), 不法(c.50~68) 등을 포함하여 계약에 관하여 개별적으로 취급했다. 그리고 그는 독립된 항목으로 제69장~70장에서 권리상실을 다루었고, 제2권 제1장~34장에서 訴訟節次에 관한 법이론을 체계화했다.

이처럼 알투지우스의 법체계 구성을 위한 방법론은 모든 법개념을 끊임없이 양분화하여 파생시키는 원리를 활용하였는데 이 방법은 命題↔反對命題간에 무한히 對質(questio)시키는 아리스토텔레스적 스콜라적 방식에 반대하여 개념의 二分化를 가능한 한 선까지 연장시킨 프랑스의 Pierre Ramée(Petrus Ramus)(1515~1572) 방식[108]이었다.

(106) Friedrich Lütge, Deutsche Sozial- Und Wirtschaftsgeschichte. Ein Überblick(Berlin: Springer-Verlag, 1952), S.195-226.

(107) cap.14:De acquisitione Iuris gentium, & primum de occupatione; cap.15: De accessione & traditione; cap.16: De usucapione; cap.17: De succeßione in genere; cap.18: De testamentis in genere; cap.19: De perfecto testamento; cap 20: De imperfecto testamento; cap.21: De infirmatione testamentorum; cap.22: De successione ab intestato; cap.23: De tutela & iura legitima; cap.24:De praetoria successione.

(108) Horst Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus Und Absoluter Staat. Die "Politica" des Henning Arnisaeus(ca.1575—1636)(Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1970), S.82-85.

(2) 二分法的 法體系

알투지우스는 Petrus Ramus의 이분법적 연역논리(dichotomy)에 따라 법개념을 하나의 上位概念으로 부터 正·反의 속성을 지닌 두개의 下位概念으로 지속적으로 分化시켜 나아갔다.[109] 이 하위개념을 그는 상호 배타적이면서도 보완적인 성격을 띤 개념으로 변증법적으로 이해하였다.[110] 모든 이러한 개념의 삼위일체는 또한 그 어떤 것으로 부터 도출되고 또 새로운 것으로 발전하는 그러한 개념들에 의존해 있었다. 이 전체의 관계를 그는 이분법적 表로 묘사하였다.

그는 로마법 체계의 전체구도를 그 어떤 사실적이고 확실한 도식보다는 형식적인 구조를 지닌 포괄적인 체계로 정리해 주었다. 그래서 알투지우스에 의해서 이제 로마법의 체계는 자연법과 독일법 및 성경상의 제도들을 포괄하면서 이분법적 방법론에 의해 재구성된 이른 바 '正義에 관한 학문' (Dikaiologie) 체계로 발전하였다.[111]

알투지우스는 1591년에 이미 이러한 일반적인 법이론의 체계의 예비적인 綱要를 『로마의 정의론에 관한 개요』 (Epitome et brevis Dicaeologica Romanae)라는 제목하에 만들어서 이를 Herborn에서 Corvinus에 의해 출간된 알투지우스의 》Ars Iurisprudentiae《의 新版에 첨부시켰다.[112] 그리고 그후 이 책을 1617년에 Herborn에서 》Dicaeologicae libri tres, totum et universum ius quo utimur, methodice complectentes《(역 : 3권의 正義學, 전체 그리고 보편적인 법 — 우리가 이용할 방법론을 포함하고 있는)이라는 제목하에 증보·발행했다. 이 책은 1618년과 1649년에 Frankfurt에서 재발행되었다.

알투지우스의 Politica가 국가의 一般사회이론을 위한 최초의 독일적 시도였던 것같이 그의 》正義學《(Gerechtigkeitswissenschaft=Dicaeologicae)은 '一般法 이론'에 관한 최초의 독일적 구상을 제시한 것으로 간주되었다.[113]

그는 『법학彙纂』 (Digesten)의 법체계를 법휴머니즘의 영향을 받은 이론체계로 대체하려 한 노력에서 Melanchthon의 영향을 받고 있는 16세기의 Wittenberg 대학의 법학자들을 앞서 나아갔다.[114] 그는 Jurisprudentia Romana lib.1,2(1586,1588)의 서문에서 말하기를 그 누구도 법의 주제의 체계화의 문제를 해결한 사람은 없는 것으로

---

(109) Dicaeologicae, liber Primus(1617), 도표 참조; Politica, XXI, 33; Michel Villey, La Formation De La Pensée Juridique Moderne, p.591.

(110) Erik Wolf, a.a.O., S.207.

(111) ebenda.

(112) A.a.O., S.207-208.

(113) A.a.O., S.208.

(114) ebenda.

보이며 자신이 그러한 작업을 최초로 시도한 인물임에 틀림없다고 공인하였다.[115]

그는 간혹 이전의 모든 '방법론자들' (methodists) — 예컨대 일반법 체계를 구상했던 Cujacius, Donellus 등의 》갈리아 법《(mos gallicus)학자들과 독일대학에서 체계적인 방법을 법학에 도입하려 했던 Zasius 및 체계적으로 衡平이론(Billigkeitslehre)을 구성해 보려 했던 Oldendorp 등 — 은 Vigelius를 제외하고서는 그들의 체계가 너무나도 로마법의 체계에 집착한 흠을 보이고 있다고 지적하였다. 이를 테면 Johann Apel(1486~1536)은 개별 주제들의 체계적인 연관보다는 이론적 변증론적 취급에 급급하였고[116] Conral Lagus(?~1546)는 최초로 체계적인 法書를 쓰려고는 했지만 주로 『법학提要』(Institute)의 체계를 따랐다[117]고 하였다.

Institute의 체계를 따르는 법률서적은 Franciscus Connanus(1508~1551)의 미완성된 註釋들[118]과 Marburg大의 Nicolaus Vigelius(1529~1600)의 수많은 '방법론적' 인 저서들[119]과 Toulouse의 Petrus Gregorius(1540~1617)의 Syntagma juris universi(Lyons, 1587)[120]등이 있다.

---

(115) Otto von Gierke, The Development of Political Theory. trans. by Bernard Freyd(London: George Allen & Unwin LTD, 1939), p.53.

(116) J. Apel, Methodica dialectices ratio ad juris prudentiam accommodata(Nüremberg, 1535); 또한 Muther, Aus dem Universitäts-u. Gelehrtenleben(Erlangen, 1866), S.230-328 참조.

(117) C. Lagus, Juris utriusque traditio methodica(Frankfort-on-the Main, 1543). 이 책의 가장 독특한 점은 "pars prima philosophia"(제1권의 法哲學이론)과 "pars secunda historica"(제2-4권의 법의 歷史)와를 구분한 점이다. 또 이 책속에는 Personen(人), Sachen(사물), Obligationen(債務), Aktionen(訴訟), 그리고 Proceß(소송절차)에 관한 설명이 있고 오직 마지막 부에서만 "jus singulare"(개인의 권리)가 있다.

(118) F. Connanus, Commentarii juris civilis(Basel, 1557) 참조. 이 중에 결혼법(제8권)과 財産法(제9~10권)을 분리한 점이 특이할 뿐이다.

(119) Vigelius는 Iuris civilis universi absolutissima Methodus(Basel, 1565; Frankfort, 1628)와 Digestorum juris civilis libri 50 in 7 partes distincti(Basel, 1568), 그리고 Methodus juris controversi(Basel, 1615) 등에서 公法(ius publicum)속에 法源과 법정, 재판, 교회, 國家(財政), 군사, 도시들, 조세, 세례스 이론 등을 포함시켰고, 그리고 私法(ius privatum)속에는 사람, 물건(res), 채권·채무, 소송(actus)등의 4조목을 포함시켰으며 그밖에 보존, 손실, 그리고 권리의 회복이론 등도 이에 포함시켰다. cf.Jugler, II, pp.79-97.

(120) 이 저서에서 Gregorius는 物件(de rebus)을 먼저 다루고 사람(de personis)을 나중에 다루었다. 그런데 그가 행위들(actions)속에 채조체득 방식, 계약, 불법행위, 소유와 점유, 遺産, 그리고 소송절차 등을 모두 망라·수록한 점은 특이하였다.

한편 Hugo Donellus(1527~1591)는 Institute의 체계와 Ramus방법을 혼합하여 Commentarii de jure civili. libri I~VI(Florence, 1840~47)를 지어 냈으나 전술한 바와 같이 유스티니아누스帝의 법학제요의 체계를 일탈하지 못하였다.

(3) 사실·행위(factum·negotium)와 법·권리(ius)의 구분

알투지우스는 Ramus의 이분법적 연역논리에 따라 거의 모든 법논리 단계에서 내용(부분)으로의 분류 '(partition into members, membra)와 '種으로의 세분' (division into species, species)을 그 출발점으로 취했는데[121] 이 방식은 최초로 Dicaeologicae lib.I,II,III(1617)에서 법률학을 일반 부분(總論)과 특수 부분(各論)으로 분류하는 방식으로 나타났다.[122] 총론 부분에 해당하는 "membra"는 법이론의 일반부를 형성하는 법의 모든 요소 또는 토대의 총괄개념(Inbegriff)이다.[123] 또 이러한 기본개념은 사회적 사실 또는 법생활의 구성요건(사실)의 총괄개념인 》factum civile《(시민의 공동체생활의 제반 사실과 활동)과 그리고 이것의 법률적 규정 또는 법률적 형태의 총괄개념인 》ius《(법·권리)의 두 분야로 구성된다. 》Facta《 또는 법률구성 요건(Tatbestände)이란 법이단계적인 공동생활 속에서 행해지고 있는 모든 》현세의 일들《(Geschäfte dieser Welt)이며 이 사실 또는 사실의 구성요건들은 법질서의 사회학적 자료를 구성한다.[124] 이것은 물론 Althusius에 의해 저유에는 사회적 현실로 묘사되질 않고 법률적 범주로 이해되었다.

또 그는 》factum civile《로 부터 하위개념으로서 》사람《(persona)과 》물건《(res)을 이끌어 내었다. 이것에 의하면 모든 법률적 사실들은 法主體(Rechtssubjekte)로서 사람에, 또는 法客體(Rechtsobjekte)로서 對象(Gegenstände)에 관계하고 있다.[125] 알투지우스는 법생활의 사실구성 요소를 그 사실의 사회적 기능에서가 아니라 오직 법감각(Rechtssinn)에 의해서 폭넓게 연구하고 분석하였다.[126] 그래서 알투지우스는 윤리적, 정치적, 종교적, 역사적 및 심리학적인 》Person《으로서의 인간의 존재방식과 그리고 인간에게 속해 있거나 또는 인간을 둘러싸고 있는 》사물《(Sachen)의 세계는 다른 학문에 종속시켰다.[127] 》법률인《(Rechtsperson)(homo iuris com-

---

[121] Otto von Gierke, Johannes Athusius(前揭), S.41.

[122] ebenda.

[123] Dicaeologicae 1.I, cap.1-34.

[124] Erik Wolf, Grosse Rechtsdenker, S.208.

[125] A.a.O., S.209.

[126] ebenda.

[127] Dicaeologicae 1, I,cap.1,n.9-10.

munionem habens)(역 : 법·권리에 참여하는 사람)은 또다시 》개인《(Einzelen)(homines singulares)과 》法人(단체)《(Korporationen)(homines coniuncti, consociati et cohaerentes)의 두 종류(species)로 구분하였다.(128) 여기서 알투지우스는 公的-法律的(=公法的)(öffentlich-rechtlich)인 것으로 묘사할 수 있는 사회적 관계도 고려하였다. 그래서 그는 모든 사회조직의 구성요소인 혼인, 가족, 結社 (Vereine) 및 단체(Verbände), 작은 지역 공동체(Gemeinde), 州(Provinzen), 국가 및 제국도 'Korporationen'으로 간주하였다.(129)

더욱이 알투지우스의 체계는 法律人을 사실행위(factum merum)와 구분되는 법률행위의 客體(Objekte)와 主體(Subjekte)로 묘사하였다. 그는 이러한 법률행위를 법률적으로 무엇을 행하라는 '作爲'(Tun)와 무엇을 행하지 말라는 '不作爲'(=禁止)(Unterlassen)로 평가하였다. 또 그는 법률적으로 의미있는 행동(作爲)을 위한 필수요건으로서 법률적인 意思(voluntas) — 期限(dies), 條件(conditio), 방식(modus), 효과(vis), 强迫(metus), 錯誤(error), 欺罔(dolus), 그리고 過失(culpa) 등 — 와 법률적인 능력(facultas) — "행위능력과 권리능력"(potentia et auctoritas facientis) — 으로 구분하였다.(130)

그리고 그는 로마법적인 분류방식에 따른 법률감각에 입각하여 사물(res;Sachen)을 '실제적인 것'(real)과 '관념적인 것'(ideal)으로 그리고 個體物(131)과 複合物로의 각기 두 부분으로 분류하였고, 다음에 이들 각 membra에 대하여 '種'(species)으로의 세분을 시도했다.(Dic. c.1. nr.11-44).(132) 이러한 방식으로 알투지우스는 개념의 구성을 더욱 진척시켜 나아갔다.

Otto von Gierke는 이처럼 물건(res), 사람(persona), 그리고 행위(factum)들의 일반이론을 법률의 前文에 분류한 것은 알투지우스가 그 최초의 인물이라고 칭찬하였다.(133) 이러한 싹은 알투지우스의 Jurisprudentia Romana(1586)에서 나와서 18세기 이

---

(128) Dicaeologicae 1, I, cap.13-17.

(129) ebenda.

(130) Otto von Gierke, a.a.O., S.42; Erik Wolf, a.a.O., S.209.

(131) 개체물들은 有形的(또는 물질적)(corporeal) — c.1-2에서의 부동산과 동산, 主物과 從物, 그리고 收益(收入)과 지출 — 인 것과 無形物(incorporeal)(c.3)로 이등분 되었다. 무형물은 본래 행위들을 뜻하지만 법률상으로는 모든 代替物(alle fungiblen Sachen)들이다. 왜냐하면 이 무형물들에서는 價値가 實體로서 나타나기 때문이다. 여기에서 가치의 종류와 척도, 그리고 화폐가 언급되었다. 복합물은 συνημμένα 또는 διεστῶτα 物(corpora)이며 διεστῶτα는 유형물들만의 총체, 또는 무형물들의 총합이고 또 이것들은 다시 생존해 있는 사람들이나 후손들의 세습재산으로 이해되기도 한다고 하였다.

(132) Otto von Gierke, a.a.O., S.41.

(133) ebenda, S.42-43.

서울대학교

후 自然法 體系의 매개를 통해서 보편화 되었다고 하였다. 또한 Gierke는 사람을 개인과 단체(또는 법인)(Kollektivpersonen)로 분류한 것도 알투지우스가 최초의 인물로 여겨진다고 하였다. 왜냐 하면 그가 알기로는 이러한 분류는 알투지우스 이전의 그 어떤 '권리의 主體'(subject of rights)이론에서도 나타나지 않았기 때문이라고 하였다.(134)

이와 같이 "共生行爲"(negotium symbioticum)에 관해 거론한 Althusius는 다음에는 "권리·법"(ius)에 관한 견해를 피력하였다. 먼저 그는 "ius"를 "factum"—— 법률인, 법률행위 및 법률대상 등 —— 에 對峙시키면서 법(권리)을 아래와 같이 정의하였다. 즉 "법(권리)은 인간의 삶을 위한 필요(필수품)와 사용 및 지시를 위해서 사람들의 행위에 앞서 사물과 그리고 타인들 속에 존재해 있는 것이다."(ob factum praecedens homini in re vel persona aliqua advitae hujus necessitatem, usum et directionem constituitur)(135) 그리고 그는 이 "jus"를 객관적 법(권리)(constitutio iuris)과 주관적인 법(권리)(species iuris)으로 구분하였다.(136)

법(권리)의 성립 또는 제정(constitutio juris)은 행위나 거래(negotium)의 기본적 특성으로 부터 이끌어 낸 합리적 연역에 의해서 이뤄지는 것으로서 그것은 크게 실정법과 자연법으로 분류되고 또 실정법은 성문법과 불문법으로, 그리고 자연법은 인습적으로 그렇게 분류해 온 바와 같이 '절대적 자연법'과 '상대적 자연법' 및 '금지된 자연법'과 '허용된 자연법'으로 분류된다고 하였다.(137)

법(권리)의 수립 또는 성립(constitutio iuris)과 법(권리)의 종류(species iuris)—— 주관적인 법(권리) —— 는 알투지우스의 체계에서는 배타적이거나 모순을 일으킴 없이 병립하고 대등한 것으로 나타났다. 그래서 알투지우스는 그 원리면에서 자연법과 합치되지 못하는 시민법(ius civile)은 결코 법이 될 수 없다고 단호하게 말하였다.(138) 그는 말하자면 자연법과 역사적인 법은 공통으로 바른이성(recta ratio)에 근거하고 있음을 인식하였다.(139) 그는 자연법의 이성(ratio)을 모든 사람들의 필요(요구)에 이바지하는 》일반적 공통적 이성《(ratio generalis communis)으로서 그리고 실정법의 이성을 공동체(사회) 생활(vita socialis)의 장소적 시간적 조건에 따르는 》특수이성《(ratio specialis)으로 묘사하였다.(140) 여기서 알투지우스는 자연적

---

(134) Otto von Gierke, a.a.O., S.42-43.

(135) Dicaeologicae 1. cap.13.

(136) A.a.O., cap.13-17.

(137) ebenda; Erik Wolf, a.a.O., S.209.

(138) Dicaeologicae 1. I, cap.14.

(139) Erik Wolf, a.a.O., S.209-210.

(140) ebenda, S.210.

역사적 법체험의 경험적 자료들을 그의 체계속에 도입할 기회를 지녔다. 이제 모든 》주체적 권리《는 사물에 대한 지배관계(Herrschaftsverhältnisse über Sachen)나 物權(dingliche Rechte; dominium), 또는 개인적 권리나 債權·債務關係(obligatio) 등으로 나타났다.(141) 또 그는 物權을 所有權(dominium)과 자신의 것과 타인의 재물을 이용할 수 있는 권리인 用益權, 물건을 지닐 수 있는 권리인 占有權(bonae fidei possessio; Besitz), 그리고 남의 토지를 이용할 수 있는 권리인 地役權(Servituten) 등으로 구성하였다.(142)

알투지우스의 이와 같은 "ius"의 종류(species iuris)에 대한 분류는 매우 임의적이었다. 그리하여 그는 '物件'(res)을 '神聖物'(res divini)과 '인간의 권리物'(humani juris)로 분류했고 또 후자를 공통적인 것(communes)과 고유한 것(propriae)으로 분류하였다. 더 나아가 그는 公物(publicae)과 私物(privatae)로의 분류와 더불어 물건(res)의 '일반적 분배'(distributio generalis)론도 포함하였다.(143) 또 물건의 '특수한 분배'(distributio specialis)론은 '사용권'(usus rei alienae)론과 그 '권한'(potestas)론으로 구분하여 취급하였다. 그러나 物權과 개인의 소유권 및 사용권 사이에 절대적으로 작용하는 공통의 특징이 무엇인지에 관해서는 그 요점을 분명하게 드러내지 못하였다.(144)

한편 알투지우스는 주체적 권리의 "potestas"라는 항목에서 이 주체적 권리의 '고유권한'(potestas sui ipsius)인 자유(libertas), 명예, 위엄, 순결, 貞淑등의 派生的 權利에 관해 취급했다.(145) 또 '타인에 대한 권한'(potestas aliena)이라는 항목에서는 "私權"(potestas privata)과 "公權"(potestas publica)을 대칭적으로 취급하였다. 여기서 그는 公法 내지 公權사상(146)을 이끌어 드렸다.

그는 私權을 '사람과 물건에 대한 권리'(jus in personam et rem)와 '사람에 대한 권리'(jus in personam)의 두 종류로 분류한 후 전자에는 親權(domestica)과 管理權(administratoria) — 後見權(tutela)과 保護權(cura)등 — 을 포함시켰고 후자에는 是正權(correctoria)과 調停權(moderatoria), 또는 被保護權(clintelaris) 등을 포함시켰다.(147) 그리고 公權에는 교회재산(Kirchengut)과 국가재산(Staatsgut) 등의 公共物에 관한 소유권개념과 보편적인 국가권력 속에서 조직된 사람에 대한 公權力(publi-

---

(141) Dicaeologicae 1. cap.18-24; Erik Wolf, a.a.O., S.209.

(142) Dicaeologicae 1. cap.18-24; Erik Wolf, a.a.O., S.210.

(143) Dicaeologicae 1. cap.25-33; Otto von Gierke, a.a.O., S.43.

(144) Gierke, a.a.O., S.43.

(145) Dicaeologicae 1. cap.25-26.

(146) A.a.O., cap.32-33.

(147) A.a.O., cap.27-31.

서울대학교

ca potestas universalis) ── 그는 국가 공권력의 토대가 국민의 합의와 계약에 있음을 주장함으로써 국가권력이 국민으로 부터 유래하였음을 입증하려 하였음 ── , 즉 主權 및 역사적으로 성장해 온 高權(Hoheitsrecht)이나 職權(Amtsgewalt)과 같은 제한되고, 특수한, 그리고 下位의 公權力(publica potestas limitata, specialis, inferior) 등을 포함시켰다.[148]

(4) 권리의 取得과 喪失 및 防禦

알투지우스는 전술한 바와 같이 권리(ius)의 일반부(membra)를 저론한 후에는 다음에는 권리의 특수부분(species iuris)에 해당하는 권리의 분배(Dicaedotica)문제 ── 그는 이 권리의 분배문제를 또다시 권리의 取得(Dicaeodotica acquirens)과 권리의 喪失(Dicaeodotica amittens)로 나누었음 ── 와 권리의 防禦 및 制裁, 그리고 소송과 소송절차법(Verfahrensrecht) 등의 문제에 관해 다루었다.

권리의 분배의 그 한 "種"인 권리의 취득은 Dicaeologicae 제1권 제35장~제63장에서 취급했고 권리의 상실은 Dicaeologicae 제2권의 전체내용인 "Dicaedotica amittens"에서 취급했다. 그리고 권리의 방어와 제재 및 소송과 소송절차법에 관한 연구는 Dicaeologicae 제3권인 일명 "Dicaeocritica"에서 다루었다.[149]

권리의 분배(Dicaeodoticae)란 "Dicaeologicae의 제1의 "種" (prima species)으로서 그것은 去來목적상 소유권과 債權을 우리들 안에서 또는 우리의 이웃에게 分與 내지 양도하여 효용과 이익이 발생토록 하는 행정적 조치이다(Dicaeodotica est prima species Dicaeologicae, jus dominii, vel obligationis ob negotium praecedens, impertiens & tribuens, in nostrum, vel proximi nostri usum & commodum quae administratio & dispositio cuilibet est concessa).[150]

권리의 취득은 讓渡(translatio)행위와 受取(acceptatio)행위의 두 내용(membra)으로 이뤄진다. 권리의 양도는 영구적으로 취소할 수 없게 이뤄지거나 또는 限時的으로 이뤄진다. 권리의 受取란 타인이 지닌 권리를 양도받거나 또는 타인이 권리를 포기하여(alienatum) 그 권리가 상실된 상태에 있는(amittendi) 것을 취득하는 행위이다.[151] 따라서 Ulpianus는 권리취득의 원인(causas adquirendi)을 권리의 포기 또는 단념(alienandi)내지 권리의 상실(amittendi)이라고 말하기도 했다.

---

[148] Dicaeologicae lib.l. cap.32-33; Erik Wolf, a.a.O., S.210.

[149] Vgl. Dicaeologicae lib.I.II.III(1617).

[150] Dicaeologicae lib.l. cap.35. nr.2, S.131.

[151] A.a.O., nr.10-13. S.132.

서울대학교

알투지우스는 일반적으로 권리취득의 목적이 될 수 있는 대상에는 사람(persona), 물건(res), 장소(locus), 시간(tempus) 등이 있다고 하였다.[152] 사람을 권리취득의 대상으로 삼을 수 있는 자는 군주(principales)나 통치자(administrae intervenientes)들로서[153] 이들은 家奴(domestici)나 예속상태로 부터 풀려난 자유인(liberi), 시종(ministri), 노예(servi) 등의 人(persona)을 권리취득의 대상으로 삼을 수 있으며[154] 또한 자발적으로 군주의 대리인(agentes)이 되고자 원하는 행정관리들(administratores)이나 법률고문(syndici), 군사령관(praepositi) 및 전체 공동체원(universitati) 등을 권리취득의 대상으로 삼을 수 있다고 하였다.[155]

그러나 자연법과 만민법은 영혼(animi)과 육체(corporis)상에 손상을 입어 정신적으로나 육체적으로 불능한 상태나 열등한 상태에 있는 자들, 이를 테면 지력(intellctu)과 판단력(judicio), 이성(ratione), 타인과의 견해 일치능력(consensu), 무엇을 행하고자 하는 의욕(adfectione) 및 신체상의 결함을 지닌 신체불구자나 정신박약아(inhabiles) 및 저능아(incapaces)들은 권리取得의 대상으로 삼는 것을 禁하고 있으며 또한 시민법도 미성년자(impuberes)나 고아(pupilli)를 권리취득의 대상으로 삼는 일을 금한다고 하였다.[156]

한편 사람들의 교환(commercio)행위와 이익추구(usum)속에서 권리취득의 대상이 되고 있는 물건(res)은 사람들에 의해 소유되고 점유될 수 있지만 전체 공동체원들이 절대로 필요로 하여 포기할 수 없는 전체 공동체(universitatem)는 권리취득의 대상이 될 수 없다고 하였다.[157]

또한 만민법과 자연법 및 시민법은 良風美俗(bonos mores)을 저해하는 불결하고(turpia) 불명예스러운 것들(inhonesta)이나 또는 경건심과 인간의 겸양지덕(verecundiam)을 저해하는 것들의 취득은 금하고 있으며 따라서 神聖物(res sacrae, sanctae, religiosae)과 贓物(res furtivae)들의 취득은 금지된다고 하였다.[158]

권리취득의 또하나의 대상인 장소(locus)는 물건이 인도되고(res agitur) 去來가 이뤄지는(negotium tractatur) 곳으로서 행위자들은 상호 합의하에 상호 유익한 장소를 확실하게 정해 놓을 필요가 있는데 여기서 유리한 지점의 先占이 권리취득의 대상을 이뤄 준다고 하였다.[159] 시간(tempus)이 권리취득의 대상이 되는 것도 위의 장소

(152) Dicaeologicae lib.I. cap.35. nr.14, S.132.
(153) ebenda.
(154) Dicaeologicae lib.I. cap.35. nr.16, S.132.
(155) ebenda.
(156) Dicaeologicae lib.I. cap.35. nr.19, S.137.
(157) A.a.O. nr.20, S.137.
(158) A.a.O. nr.21, S.137.
(159) A.a.O. nr.28, S.138.

서울대학교

의 경우와 마찬가지의 논리에 입각해 있다고 하였다.(160)

이처럼 권리취득에 관한 일반원리에 관해 언급한 후에는 소유권의 취득(Adquirens dominium)에 관해서 논했는 데 그는 또 소유권의 취득을 자연법상의(naturalis) 취득과 시민법 상의(civilis) 취득으로 양분했다. 즉 자연적인 소유권의 취득은 점유(occupatio), 引渡(traditio), 果實(fructum perceptio), 結合的 遺贈(conjunctio rerum), 支出(支拂)(impensarum erogatione) 등의 방식으로 이뤄지고, 시민법 상의 소유권 취득에는 사용취득(usucapio)과 상속(successio)등의 방식으로 이뤄진다고 하였다.(161) 그런 연후에 그는 채권과 채무관계(obligatio)의 발생에 관해 언급했다. 그는 채권・채무관계는 계약(contractus) 또는 약속(pactum)이나 불법행위(delictum)에 의해서 발생한다고 하였다.(162)

Dicaeologicae lib.II인 Dicaeodotica는 권리의 상실론에 관한 것인데 여기서 권리의 상실(소멸)은 다음과 같은 "actus contrarius"(反對訴訟, 反對行爲), 즉 返還(remissio)과 抛棄(renunciatio), 和解(transactio), 仲裁(juramento), 時效消滅(praescriptio), 물건과 사람의 자연적 소멸(De interitu naturali rei, vel personae), 民事的 소멸(De interitu rei civili), 原狀回復(restitutio in integrum)과 判決復歸(res judicata), 抵當權(hypotheca) 및 후견인의 지위의 종료(De restricta pigneratitii, tutorii, & curatorii juris amissione) 등으로 발생한다고 하였다.(163)

또한 Dicaedotica 제12～제13장에서는 소유권과 점유권의 포기의 특수한 방식에 관해 거론했고 제14～제22장에서는 債務履行에 의한 채무소멸에 관해 거론했다. 끝으로 제23장에서는 불법적(강요된) 채무에 한해서 '恩寵'(venia et gratia)에 의해 채무에 대한 이행이 취소되는 경우에 관해 거론했다.(164)

한편 Dicaeologicae lib.III인 Dicaeocritica의 내용은 권리들의 분쟁과 이 분쟁중의 권리들을 심사하고 판결하는 이론들로 구성되어 있는데 여기서 알투지우스는 소송법(Prozeßrecht)을 포함하여 소송절차법(Verfahrensrecht)을 체계적으로 취급하였다.

곧 Dicaeocritica의 제1～제5장에서는 재판행정에 관한 일반적인 개념들을 정의하였고 제6장에서는 이해당사자(De litigantibus eorumq; ministris)에 관해서, 제7～제20장에서는 公訴를 포함한 소송문제를, 제21～제24장에서는 재판불복과 異議伸請(De exceptionibus dilatoriis; de exceptionibus peremptoriis primi(secundi) generis; de propositione actoris)을, 제25～제26장에서는 被告의 답변(De responsione rei)과 변

---

(160) Dicaeologicae lib.I. cap.35. nr.29, S.138.

(161) 上揭書, 제36～제63장 ; 同書, 제35장, S.130의 도표참조.

(162) 上揭書, 제64～제97장과 제98～146장 : Otto von Gierke, a.a.O., S.44.

(163) Dicaeologicae lib.II. cap.2-11.

(164) Otto von Gierke, a.a.O., S.45.

호(De litis contestatione)를, 제27~제45장에서는 증언(De praesumptionibus & facti evidentia)을, 제46장에서는 전심절차(De conclusione & examinatione quaestionis)를, 제47장에서는 判決(De sententia)을, 제48장에서는 執行(De exsecutione)을, 제49장에서는 召喚(De citatione)을, 제50장에서는 법정소환의 不應(De contumacia)을, 제51장에서는 辯護權(De constitutione procuratoris, de dilatione & aliis incidentibus)을, 제52장에서는 僞證에 대한 注意下達과 宣誓(De indemnitatis praestatione & juramento calumniae)를, 제53장에서는 判決中止(De interlocutione judicis)를, 제54장에서는 略式訴訟節次(De processu summario, & de feriis)를, 그리고 제55~제57장에서는 법적 救濟方法(De interpositione appellationis; de introductione appella tionis;de querela nullitatis)에 관하여 상론하였다.(165)

(5) 公法요소의 도입

전술한 바와 같이 Althusius의 법체계는 私法뿐만 아니라 실제적인 법 전반에 관해 백과사전적으로 망라하고 있었는데 이 점은 알투지우스의 법이론과 법체계가 근대 초기의 유럽의 법이론과 법체계의 발전을 위해 행한 중대한 공로였다.(166) 특히 알투지우스가 不法行爲 — 이것은 Dicaeologicae lib.1의 결론에서 취급되었는데 여기서 그는 엄격한 논리체계 속에서 불법행위의 종류(species delictorum)로 부터 刑法(Strafrecht)의 완전한 체계에 까지 거론하였다 — 와 소송절차와 같은 공법의 내용을 그의 법체계에 도입한 방식은 매우 흥미로웠다.(167) 물론 民法(私法) 체계에 公法(ius publicum) 이론을 도입시킨 일은 알투지우스에게 있어서만 특별한 일은 아니었다. 이미 12세기 이후 로마법에 대한 註解가 이뤄진 이래 전체 註釋과 註解文獻들은 나름대로의 방법론을 매개로 하여 公法문제에 대한 연구결과를 民法의 영역내로 이끌어 드렸기 때문이다. 그러나 로마법 주해 문헌들 중에서도 다만 몇권만이 사법에서 공법을 독립된 분야로 분리시키고자 — 이러한 분리는 최초로 N. Vigelius(1529~1600)의 체계에서 이뤄졌다 (168) — 시도했을 뿐이었다.

그래서 통상 공법은 사법의 범위내에서, 그 중에서도 특히 對人法(jus personarum)의 범위내에서 유래한 것으로 취급되었다. 예컨데 Lagus는 "私法"에서 "公權과 그 위엄"(potestas et dignitas publica)과 국가형태, 그리고 로마제국의 변천을 다루었고, Gregorius는 사법에서 교회신분과 세속신분에 관해 상론했다. 그리고 Vultejus는

(165) Otto von Gierke, a.a.O., S.45.

(166) Erik Wolf, Grosse Rechtsdenker. Der Deutschen Geistesgeschichte, S.208.

(167) Otto von Gierke, a.a.O., S.45.

(168) 본고 IV. 알투지우스의 법이론의 註(119)를 참조할 것.

地位(status) 이론에서 "명령권을 지닌 시민들"(cives cum imperio)을, 그리고 對人의 권리(ius in personam) 속에서 私權(potestas private) 이전의—私權에 앞서는—"敎會公權"(potestas publica ecclesiastica)과 국가의 형태, 관직 및 役權(servitium)의 형태에 관한 이론을 포함한 政治的 公權(potestas publica politica)에 관해 취급하였다. 이러한 연유로 '公法的' 요소들은 私法原本의 외부조건으로 부터 도입되어 온 우연한 부산물로 여겨졌다.(169) 이미 알투지우스도 그의 Jurisprudentia Romana lib.(1586)의 제3장, "의도적으로 결합된 사람들"(homines conjunctim considerati)에서 가족, 단체, 도시공동체 및 국가에 대한 정의를 내렸고 제8장~제10장에서는 보다 상세하게 公權, 主權(ius regni), 국가의 형태, 그리고 관직과 봉사의 형태 등에 관해서 취급하였다.

또한 그는 Dicaeologicae(1617)의 序文에서도 아래와 같이 전체 사법체계 속에 공법 — 보다 엄밀히 말해서 국법(Staatsrecht) — 의 요소를 도입하려고 의도했다.

--- "Quaedam etiam materiae hucusque ex agro juridico exterminatae exulabant, quasi á[illegible], jure civitatis juridicae indignae; his possessionem suam, quae injuria illis erat adempta, tribui easque ad proprios lares reduxi soloque suo natali restitui." --- (역 : 어떤 사람이 强奪(의 판결)에 의해 그의 농산물을 빼앗겨서 마치 法益剝奪者처럼 되었을 시에는 그러한 판결은 國法(公法)의 판결에 의하면 무효이다. 곧 國法上에 의하면 부당하게 빼앗긴 占有物은 본래의 주인에게 되돌려 주게 되어 있다. 그래서 주인은 본래의 소유권을 되찾을 수 있도록 되어 있다.)

알투지우스는 그의 『정치학 체계론』(Politica Methodica Digesta…(中略))(1603)에서 밝힌 바와 같이 사람(persona)을 "개인들"(homines singulares)과 "法人, 단체 성원"(homines conjuncti, consociati et cohaecentes)으로 분류한 후에 權利의 主體를 단체 또는 법인이라고 해석한 경향을 강하게 나타내었다. 이때 그는 성경을 인용하여 집단의 성원을 일종의 '사회적 몸'(corpus socii)에 비유하면서 아래와 같이 법인(집단인)의 개념을 나타내었다.

--- "사람들의 결속(conjunctio hominum)은 하나의 단체(unum corpus)를 형성하는데 이 단체속에서 각 조직의 성원들은 각자의 기능을 부여받는다. 그리고 이들의 의사의 완전한 결합은 하나의 정신과 마음을 낳는다. 조직원들의 말과 행동속에서 조직원들간의 단합이 이뤄지고 상호 이익과 불이익을 나눠 갖는다. 이러한 단체의 통일성으로 인해서 단체 성원들은 더 이상 '개인 그 자체'(per se et in se)로서는 간주되지 않는다. 이러한 개인들의 결합(연합)으로 부터 생긴 단체는 하나의 사회적 몸과 한 사

---

(169) Otto von Gierke, a.a.O., S.46.

람으로 간주된다." ---

이처럼 그는 Dicaeologicae lib.I, 제7장에서 자신의 정치학서인 Politica의 설명구도와 일치시키면서 사회단체의 종류를 가족을 토대로 하여 발전한 크고 작은 자연적 結社(natural association)[170]로 부터 상부상조적 이익단체인 組合과 지역적 정치단체인 邑里과 州, 그리고 보편적 정치단체인 국가까지 다루었다.[171]

그리고 그는 Dicaeologicae lib.I, 제20장~제21장의 권리의 종류(species juris)론에서 소유관계들에 따른 물건(res)들의 특징을 논하는 속에서 교회재산과 국가재산을 공법과 연관시켰다. 여기서 그는 공법상의 권한인 '公權力'(de potestate publica universali)을 '對人權限' (potestas aliena)의 두 번째의 큰 유형으로 설명하고 아래와 같이 '公權力'에 관해 정의내렸다.

--- "타인의 有益에 공헌하는 것 이외에 달리 아무것도 命하지 않는 것 바로 그것이 공권력의 특성이다.[172] 이러한 공권력은 단체(법인)로 부터 어떤 사람-통치자-에게 일상적인 일(용무)과 물건, 그리고 단체원의 보호와 통치를 위해서 주어진 권한이다." (quae data est alicui a corpore consociationis…ad negotia, res et personas corporis consociati curandum et administrandum)[173]

이렇게 공권력의 특성을 언급한 후에는 Dicaeologicae lib.I, 제32장~제33장에서 '국가의 最高權力'(potestas publica universalis), 일명 主權에 관하여 언급했다.

그의 이 주권의 기원과 主體(所在), 내용 및 행사방식론은 국민주권 위에 세워진 정치체계론과 완전히 일치하여 결정되었다.[174] 그는 국가권력은 보편적 국민공동체(a consociatione universali)로 부터 위임되며 따라서 그것은 십계명과 국법(leges Decalogi et regni)의 제약(구속)을 받는다고 하였다. 또 그는 Dicaeologicae lib.I, 제32장 제3절~제5절에서 국가권력은 "전체 공동체의 권리와 해야할 일들" (jura et negotia consociati corporis)의 행정과 그 집행속에 존재하며 또 국가권력의 소유권(proprietas)은 전체 공동체 속에 유보되어 있다고 하였다. 이러한 국가권력은 크게 교회행정과 大別되는 세속행정 속에서 행사되며 이때의 고려사항은 "국내치안의 유지" (conservanda disciplina interna)와 "사회생활의 便益" (commoditas vitae socialis)이라고 하였다.[175]

---

(170) Dicaeologicae lib.I. cap.7. nr.10-40, S.18-21.

(171) 上書, 제8절(De hominibus consensu suo conjunctis), S.21-22.

(172) 上書, 제25장(De libertate), 제3절(Onera ejusdem), S.95-93.

(173) 上書, 제32장(De potestate publicâ universali), 제1절(Publica potestas quid), S.117.

(174) Otto von Gierke, a.a.O., S.47.

(175) ebenda.

이어서 Dicaeologicae lib.I, 제32장의 "制限公權 (특수공권, 下位公權)" (potestas publica limitata(specialis, inferior)의 항목에서 알투지우스는 領主權(seigniory)과 연관하여 領邦權力(potestas provinciae) — 이 항목에서 그는 영방군주권을 영속적이고 세습적인 영방권력으로 다루었음 — 을 거론함과 아울러 영방고권을 결여한 職權(potestas officialis)에 관해서도 거론했다. 여기서 그는 영방고권을 帝權으로 부터 유래된 하나의 行政職位요, 또 帝權의 명령에 구속받으며 책임을 지는 官職이라고 하였다.(176)

또 그는 州(領邦)권력을 직접적인 것과 간접적인 것으로 분류하고(177) — 곧 州(領邦)의 모든 권력은 직접 州民(領民)으로 부터 나오고 영방군주가 지닌 권력은 단지 領民權力을 代行하는 간접적인 권력일 뿐이라는 — 職權도 영방군주의 권한행사를 州民의 합의된 요구에 따라 행사하는 "진정한 공권력" (publica vera) (= imperium과 jurisdictio)과 그렇지 못하고 영방군주의 恣意에 의해 그 권한을 행사하는 "擬似 공권력" (publica modo quodam) (= vicaria와 compromissaria)으로 구분하였다.(178)

그래서 알투지우스는 Dicaeologicae lib.I, 제81장의 "公共社會" (De societate publica)에서 모든 사회단체와 국가의 존립의 토대는 合意契約이라고 주장하였다. 곧 국가와 모든 사회단체는 공공사회 속에서 삶을 영위하고 있는 국민들의 합의와 계약속에서 성립하며 따라서 항구적으로 주권의 소유자는 전체 공동체원, 즉 국민이다. 국민은 또 국가의 公共財産의 主人이고 아울러 계약에 의해 생긴 국가내의 모든 단체들과 諸 제도의 主人(主體)이다.(179)

그러므로 국가의 기본법(jus symbioticum)도 국민과 통치자와의 상호계약 — 일명 통치계약(Herrschaftsvertrag) — 에 의해 제정되어야 하며 그리고 일단 통치계약에 의해 國法이 수립되면 이 법은 공동체를 유지하기 위하여 국민들에게 공통의 법률과 형벌로서(unter gemeinsame leges et poenae) 복종의 의무(εὐνομία(good order), καί(and) εὐταξία(good discipline))를 부과할 수 있고 또한 물건, 노동, 협의, 조력등의 나눔([illegible])을 시행토록 해야 한다.(180)

한편 알투지우스는 Dicaeologicae lib.I, 제83장에서 국가권력을 집행하는 제반 행정권의 대표자들도 委任(mandatum)에 의해 구성된다고 주장하였다.(181) 또한 제87장 제44절~제46절의 "無名 契約" (innominatus contractus)의 항목에서는 사회계약(con-

(176) Dicaeologicae lib.I. cap.32. nr.3-4, S.117-118.

(177) 上揭書, 제32장, 제4절, S.118.

(178) 上揭書, 제32장, 제10절~제42절, S.119-126.

(179) 上揭書, 제81장(De societate publica), 제69절(Bona publica universitatis unde), S.289.

(180) Otto von Gierke, a.a.O., S.48.

(181) Dicaeologicae lib.I, cap.83(De mandato), S.293-297.

tractus socialis praestationis)론을 '私的·個人的' (privatus)인 것과 '公的' (publicus)인 것으로 분류해서 논하였고 또 Dicaeologicae lib.I, 제81장, 제71절(Confederatio)과 제87장, 제33절(Species publicus socialis contractus)~제36절(Ratio dubitandi)에서 거론한 주권국가간의 동맹조약이나 Dicaeologicae lib.I, 제87장, 제37절(Contributio inter membra ejusdem universitatis)~제43절(Ratio dubitandi)에서 거론한 공동체 성원들간에 체결한 과세협정(과세동의) — "국가의 모든 성원들의 합의와 공동의 결정에 의해 만장일치로 의회에서 장엄하게 선포되지 않은 과세권은 不法이며 또 그 재산 평가기준도 합의에 의해 정해야 함"을 선언한 — 들도 公法하에서 시행되는 社會的 用役을 위한 계약으로 간주하였다. 또한 공동체들간의 평화조약도 無名契約 속에 포함시켰다.

한편 알투지우스는 Dicaeologicae lib.I, pars quinta의 "不法行爲"(De delictis)에 관한 논의에서 專制政(tyrannis)을 公權濫用의 극단적인 경우로 정의하고 이에 대한 處罰과 制裁는 罷免(廢位)조치라고 주장했는 데[182] 이 주장은 즉시로 당대에 상당한 파문을 일으켰다. 당시 東Frisland 출신의 法史學者요, 국가론자였던 Hermann Conring[183] — Helmstedt대학에서 Arnisaeus(ca.1575~1636)후임으로 정치학을 맡아 '마키아벨리적'인 영방군주권의 형성을 옹호하였음 — 은 알투지우스를 '선동을 일삼는 악마와 같은 국가질서의 교란자'라고 혹평하였다.[184]

그는 여기서 不法行爲의 발생과 불법행위의 처벌에 관해 다음과 같이 주장하였다. --- "불법행위(delictum)는 최고정무관이 공동체의 拘束을 벗어나서 그의 기본 임무를 위배할 시에 발생한다(magistratus summus vincula consociationis solvit et fundamenta ejus evertit). 전제정은 절대권력의 횡포(강탈)와 無能, 그리고 邪惡함에서 비롯하는 '일반적인 것'(generalis)과 교회업무에 대한 身分會의 간섭과 탄압, 과중한 稅부담, 공공재정의 탕진, 개인의 탄압 등에서 비롯하는 '특수한 것'(specialis)이 있는데 이러한 불법행위를 자행하는 폭군에 대해서는 국민의 저항권(ius resistendi)을 발동시켜서 폭군의 권력을 박탈하고(privatio potestatis publicae) 그를 일개 평민(privatus)으로 전락시켜야 한다[185] ---"라고 주장하였다.

---

(182) Dicaeologicae lib.I, cap.113: De abusu potestatis publicae, nr.3-20, S.18-20.

(183) H. Conring은 Machiavelli적인 국가이성(ratio status)을 아리스토텔레스의 公共善(bonum commune), 또는 公共安寧(salus publica) 이념과의 결합을 꾀했는데 그래서 그는 독일의 '마키아벨리스트' 라는 별명을 지니게 되었다. Vgl. Horst Dreitzel, Protestantischer Aristotelismus und Absoluter Staat, S.150.

(184) H. Conring, Dissertatio de ratione status, 1651; in: Opera, Bd. IV, S.549.

(185) Dicaeologicae lib.I. cap.113. nr.3-20.

또한 알투지우스는 暴政(tyrannis)과 유사한 성격을 띤 나태(Licentia & ignavia magistratus; Exercitium disciplina negligens)와 職務遺棄(Non defendens bonos & innocentes; Justitiam administrare negligens)의 경우도 예외적인 상황을 제외하고는 마찬가지로 罷免에 처해야 한다고 주장하였다.

그리고 그는 Dicaeologicae lib.I, 제100장에서 불법행위로 인해 받아야 할 刑罰, 즉 刑法一般(De circumstantiis delicti in poenis)에 관해 거론하면서 同章 제19절~제31절에서는 '국가에 대한 불법행위들'(delictum universitas), 예컨대 '반란'(rebellionis), 국가의 租稅요구, 徵集요구, 그리고 身分會 召集요구들에 대한 拒否反應인 '국가에 대한 抵抗행위'(resistentis civitatis), 그리고 '공동체원들의 大量殺傷'(Homicidium committentis universitatis) 등의 犯法行爲에 대한 형벌로서 범법자들이 국가에 대한 불법행위를 하기 전에 지니고 있었던 모든 권리와 특권을 박탈하고(privatio jurium & privilegiorum) 그들의 주거지나 성곽을 파괴(murorum destructio)할 것을 주장하였다.[187]

또한 同書 제131장~제133장에서는 "公權力에 대한 욕설과 비난"(laesio publicae potestatis)에 대해서도 응분의 刑罰을 가할 것을 주장했고, 제133장의 제26절~제29절에서는 "不法團體"(collegia illicita)의 解體에 관해 거론했다.

끝으로 그는 Dicaeologicae 제3권, "De dicaeocritica"의 제16장에서 "통치권 남용의 불법행위로 생긴 채 조건"(De conditionibus, ex obligatione delictorum ex abusu juris dominici descendentibus)에 관해 거론하면서 同章 제6절 "공권력 남용에 대한 소송"(Actio contra abutentes potestate publicâ quo)에서는 국왕이나 고위 정부관들의 공권력 남용에 대한 告訴權이 次上級 정부관직에 해당하는 'Ephorii' — 실제 이것은 신성로마-독일제국의 7選帝候나 제국의회(Reichstag)를 의미하였다 — 에 있음을 천명하였다.[188] 그는 Ephorii의 권한과 역할에 관해서는 그의 정치학서에서 상론하였다.

이처럼 알투지우스는 Dicaeologicae lib.I,II,III(Herborn, 1617)에서 채용한 公法의 모든 원리와 命題들을 논증하고 부연하기 위해 그의 정치학 이론의 正本인 Politica Methodice Digesta…(Herborn, 1603,1610,1614)를 수시로 인용하였다. 그런데 西歐에서 17세기 중엽이후 군주절대정이 각국별로 확립된 이래 — 특히 1648년의 Westfälische Friede 이후 — 알투지우스의 上記 정치학서가 君主放伐論(Monarchomachismus)을 선동하는 불온서적으로 낙인찍혀서 자주 불태워 버릴 가치밖에 없는 책으로 비난받은 반면에 그의 法書인 Dicaeologicae는 도전받지 않은 채 심지어는 18세기의 계몽주의 시대에서도 법률연구를 위해 크게 활용된 점은 매우 주목할 만한 일이다.

---

(186) Dicaeologicae lib.I. cap.113. nr.12-20, S.419-421.

(187) 上揭書, 제100장 제27절~제30절, S.375-378.

(188) Dicaeologicae lib.III. cap.16. nr.6, S.525.

(6) 알투지우스의 법이론과 법체계의 의의와 한계

알투지우스의 법이론과 법체계가 근대 유럽의 법사상과 법이론의 체계를 위해 기여해 준 바는 아래와 같이 집약할 수 있다.

첫째로 근대 최초로 매우 포괄적인 법체계를 구축해 보려 한 점이다. 즉 그는 종래에 단편적으로 로마법의 字句에 대한 決疑論的 解釋에 及及하던 단계를 과감히 벗어나 법전반에 관한 체계를 구축해 보려 한 점이다. 따라서 그의 법체계는 Erik Wolf가 지적해 준 바와 같이 근대 최초의 성문헌법(Verfassungsgesetz)을 제정해 보려는 의도를 노정했던 것이다. 비록 그는 아직 오늘날의 헌법이론이 필수적으로 구비하고 있는 국민의 기본권의 보장과 권력분립의 원리[189]를 완전히 구현하고 있지는 못했지만 말이다.

둘째로 자연법 사상을 법이론의 중요 法源으로 삼아 法領域을 넓혀 주고 법인식의 단계를 한 次元 높혀 준 점이다. 비록 아직 그는 중세적 神權政治 및 神法사상의 舊殼을 완전히 逸脫하지는 못했지만 그가 神法대신에 자연법을 부각시키려 한 점과 이와 더불어 인간의 바른 이성(recta ratio)을 자연법 인식의 토대로 삼아 준 점은 그의 법이론이 17세기 말 이후 서구에서 본격적으로 발전하게 된 개인주의적 합리주의적 법이론 및 국가론으로 나아가는 길을 개척해 주었던 것이다.

세째로 "ius"를 객관적인 ius와 주관적인 ius로 구분해 줌으로써 근대적인 권리개념 — 보다 구체적으로 말해서 '主觀的 公權'개념 — 이 발전할 수 있는 所以를 만들어 주었다. 비록 아직 그는 권리의 주체가 개인이 아니고 단체 내지 법인이라고 주장함으로써 Otto von Gierke가 지적해 준 바대로 그는 여전히 독일법의 전통을 못 벗어난 한계를 노정하고 있으나 그가 법(권리)의 영역중에 주체적 또는 주관적 법(권리)의 영역을 그의 법이론에서 재확인시켜 준 점은 장차 근대 시민국가의 권리개념 — 인권개념을 포함하여 — 의 발전에 지대한 기여를 했던 것이다.

네째로 법을 사실에 대치시킴으로써 후대의 법사회학의 발전에 기이하였다. 비록 오늘날은 알투지우스식으로 노골적으로 법과 사실을 이분법적으로 대치시키지는 않지만[190] 법을 사실(사회현실)과의 관계속에서 부단히 재인식하면서 법을 改廢시켜 나아가려는 현대의 법사회학의 기본 입장은 그 始源이 알투지우스에 있다고 해도 별무리가 없을 것이다.

다섯째로 私法의 영역속에 公法의 요소 — 통치구조의 원리, 刑法, 訴訟法 등 — 를 보다 적극적이고 포괄적으로 도입하여 명실상부한 근대 "一般國法"(Allgemeines Sta-

---

(189) 丘秉朔 著, 『新憲法原論』(서울: 博英社, 1989), p.2;

同 著, 『新法學原論』(서울: 博英社, 1990), pp.178-247; cf. C.H.McIlwain, Constitutionalism, Ancient and Modern(1947).

(190) Erik Wolf, a.a.O., S.211.

서울대학교

atsrecht)을 수립해 준 점이다.

그는 이러한 일반國法체계 하에서 근대 법치국가 및 입헌체제의 이상을 실현하려 하였다. 그러나 그는 그의 법이론과 정치사상 면에서 국민주권의 원리에 입각한 民主制的 國體(Staatsform)와 국민의 대표라기 보다는 身分세력을 대변하였던 'Ephori' 들을 國政의 主役으로 삼은 貴族制的 政體(Verfassung)가 혼합되어 있는 混合政的 政府形態를 지향하고 있는 경향을 노정하고 있어서 Otto von Gierke가 주장한 바와 같이 알투지우스를 근대 민주정치의 효시로 보는 데에는 다소간에 한계를 느끼게 된다. 그렇지만 알투지우스의 정치·법이론은 1648년에 '30년 전쟁' (Thirty Years' War)을 종결시킨 웨스트 팔리아 和約締結 이전의 유럽의 君主權(王權)의 絶對化에 반대하는 권력제한 내지 입헌주의적 경향[101]을 典型的으로 대변하였다.

지금까지 검토해 본 알투지우스의 법이론의 전 체계를 도식화 한다면 다음과 같은 부록 1~5의 내용(*별지 참조)과 같다.

---

[101] William Harvey Maehl, Germany in Western Civilization(Alabama: The University of Alabama Press, 1981), p.206.

서울대학교

LIBER PRIMUS

- Dicæologica
  - Partes,
    - Negotium cujus
      - Partes, uti
        - Res
          - Discretæ
            - Corporales
              - Immobiles.
              - Mobiles per se, c.1.
              - Fructus & impensæ, c.2.
            - Incorporales, cap.3.
          - Universales, cap.4.
        - Personæ, homines
          - Singuli, distincti
            - Naturâ, cap.5.
            - Adventitiâ qualitate, c.6.
          - Conjuncti
            - Naturâ, cap.7.
            - Pacto, cap.8.
      - Species, est enim
        - Voluntarium
          - Purum, cap.9.
          - Conditionale, c.10.
        - Involuntarium, c.11. de facultate & potestate facientis, c.12.
    - Jus, cujus
      - Constitutio
        - Naturalis & communis, cap.13.
        - Propria, civilis,
          - Principalis, c.14.
          - Accessoria, c.15.
      - De interpretatione Juris vide c.16. & 17.
      - Species Juris
        - Dominium cujus
          - Membra & species, cap.18.
          - Dependentia ab eodem,
            - Possessio, cap.19.
            - Distinctio rerum, unde res
              - Divinæ, cap.20.
              - Humanæ
                - Generaliter, cap.21.
                - Specialiter,
                  - Servitus
                    - Realis
                      - Rustica, cap.22.
                      - Urbana, cap.23.
                    - Personalis, cap.24.
                  - Potestas
                    - Privata,
                      - Sui ipsius, quæ libertas, cap.25. & ejus adjuncta, cap.26.
                      - In alium
                        - Domestica
                          - Plena dominica, capite 27.
                          - Non plena
                            - Patron. c.28.
                            - Maritalis, cap.29.
                            - Patria, cap.30.
                        - Administratoria,
                          - Tutoria.
                          - Curatoria.
                          - Clientelaris, cap.31.
                    - Publica.
                      - Summa universalis, c.32.
                      - Limitata, c.33.
        - Obligatio. cap.34.
  - Species, vide infra c.35.

부록 1

LIBER SECUNDUS.

- Dicæodotica amittens, cujus
  - Generalia, cap. 1.
  - Specialia, unde amissio
    - Generalis,
      - Extensa,
        - Spontanea ex
          - Modis contrariis, cap. 2.
          - Conventione
            - Expressa
              - Pacto de non petendo, cap. 3.
              - Transactione, cap. 4.
              - Juramenti præstatione, cap. 5.
            - Tacita, uti præscriptione, cap. 6.
        - Necessaria ex
          - Interitu
            - Naturali, cap. 7.
            - Civili
              - Rei, cap. 8.
              - Personæ, cap. 9.
          - Magistratus autoritate
            - Restitutione in integrum, & Re judicata, cap. 10.
      - Restricta ad jus
        - Pigneratitium.
        - Tutorium.
        - Curatorium, cap. 11.
    - Specialis, uti
      - Dominii & possessionis, cap. 12.
      - Solius possessionis, cap. 13.
      - Obligationis, quæ est communis, vel propria ex delicto.
      - Communis fit
        - Μονομερῶς, uti est
          - Solutio quæ
            - Vera, cap. 14.
            - Quasi in
              - Oblatione, cap. 15.
              - Compensatione, cap. 16.
              - Retentione, cap. 17.
          - Cessio, cap. 18.
        - Utriusq; voluntate
          - Conventione expressa
            - Novatione, cap. 19.
            - Acceptilatione, cap. 20.
          - Tacita
            - Confusione debiti & crediti, cap. 21.
            - Liberatione legata, cap. 22.
      - De venia gratiave in delictis, cap. 23.

부록 2

LIBER TERTIUS

Dicæocritica, cujus membra

- Personæ,
  - Judex qui
    - Competens ex jure
      - Communi ob
        - Domicilium
        - Obligationem, c. 1.
        - Continentiam causæ, c. 2.
      - Singulari, cap. 3.
    - Et ejus species, quòd alius
      - Ordinarius, cap. 4.
      - Extraordinarius.
  - Ejus ministri & recusatio, cap. 5.
  - Litigantes eorumque ministri, cap. 6.
- Quæstio, cujus
  - Species
    - Actio, cujus
      - Membra, cap. 7.
      - Species, quòd alia
        - Realis, rei
          - Particularis
            - Corporalis, cap. 8.
            - Incorporalis, cap. 9.
          - Universalis, cap. 10.
        - Personalis ex
          - Conventione
            - Nominata, cap. 11.
            - Innominata, cap. 12.
            - Quasi-contractu.
            - Mediata conventione, cap. 13.
          - Delicto, cujus
            - Generales adfectiones, cap. 14.
            - Species conditionum ex obligat delictorum
              - Communium, uti ex
                - Hæresi
                - Apostasiâ.
                - Idololatriâ.
                - Blasphemiâ.
                - Perjurio.
                - Illusione Dei, sabbathi violatione.
                - Dæmonomania, falso & calumni
              - Specialium
                - Ex abusu juris dominici, c. 16.
                - Læsæ existimationis, castitatis, incolumitatis & potestatis alienæ, c. 17.
                - Ex læso jure possessorio, & rei interitu, c. 18.
                - Circa conventiones commissorum, c. 19.
                - De concursu actionum, c. 20.
    - Exceptio, quæ est
      - Dilatoria, cap. 21.
      - Peremptoria
        - Primi generis, c. 22.
        - Secundi generis, c. 23.
  - Forma tractandæ quæstionis, qui est processus
    - Prior
      - Ordinarius
        - Principalis, cujus membra
          - Cognitio quæstionis in
            - Nuda propositione actoris, c. 24.
            - Responsione rei, c. 25.
            - Litis contestatione, c. 26.
            - Probatione. Vide lit. D.
          - Judicium, cap. 47.
          - Exsecutio, cap. 48.
        - Incidens. Vide lit. H.
      - Extraordinarius, cap. 54.
    - Ulterior. Vide lit. I.

D. Probatio

부록 3

- D. Probatio ubi
  - 1 De eo qui probare tenetur, cap. 27.
  - 2 De rebus probandis, cap. 27.
  - 3 De modo probandi, cujus species, quod probatio alia sit
    - Artificialis, uti est
      - Præsumptio, &
      - Rei evidentia, cap. 28.
    - Inartificialis ex
      - Testimonio
        - Alieno. lit. E.
        - Proprio. lit. F.
      - Instrumento. lit. G.
  - 4 De conclusione probationis & examinatione quæstionis, cap. 46.

- E. Alienum testimonium, ubi de testis
  - Productione cujus
    - Membra
      - Testis allegatio.
      - Receptio, cap. 29.
    - Species
      - Prior.
      - Ulterior, cap. 30.
  - Integritate cujus
    - Habilitas ex
      - Sufficientia, cap. 31.
      - Legitima depositione.
    - Inhabilitas ex
      - Insufficientia testis ex
        - Defectu facultatis testandi, cap. 32.
        - Odio testis, cap. 33.
        - Favore erga partem, cap. 35.
      - Depositione illegitima, cap. 35.
      - De integrandis testibus, cap. 36.

Adfinis testimonio est fama & notorium, de quibus cap. 37.

- Proprium testimonium
  - Contra dicentem est confessio
    - Libera, cap. 38.
    - Extorta, cap. 39.
  - Pro dicente, est juramentum, cap. 40.

- Instrumentum quod est
  - Publicum, quod
    - Judiciale, cap. 41.
    - Extrajudiciale, cap. 42.
  - Privatum, de cujus speciebus, cap. 43.

De instrumentorum agnitione, cap. 44. & probationum prærogativa, cap. 45.

- Incidens processus ex parte
  - Litigantium necessaria ad process. promovend.
    - Citatio, cap. 49.
    - Contumaciæ declaratio, cap. 50.
    - Constitutio procuratoris, dilatio & alia incidentia, cap. 51.
    - Securitas litigantium, ubi
      - Præstatio indemnitatis.
      - Juramentum calumniæ, cap. 52.
  - Judicis, quæ est interlocutoria, cap. 53.

- Instantia altera in appellatione de
  - Iniquitate sententiæ, ubi appellationis
    - Conceptio.
    - Expeditio, in illius
      - Interpositione, cap. 54.
      - Introductione, cap. 56.
  - Nullitate, cap. 57.

부록 4

Libri I. caput LXIV

- Conventio cujus
  - Membra
    - Personæ contrahentes, cap.64.
    - Negotium
      - Principale, cap.65.
      - Accessorium
        - Utriusque, cap.66.
        - Alterutrius, cap.67.
  - Species. Est cum alia
    - Immediata
      - Vera
        - Nominata
          - Realis, uti
            - Mutuum, cap.68.
            - Commodatum, cap.69.
            - Depositum, cap.70.
            - Pignus, de cujus
              - Jure pigneratitio, cap.71.
              - Speciebus, cap.72.
              - Jure prioritatis, cap.73.
          - Consensu constans
            - Dipleuros
              - Commutatorius contractus est
                - Emptio vend unde obli-gatio
                  - primaria, cap.74.
                  - secundaria, cap.75.
                - Locatio conductio
                  - simplex, cap.76.
                  - emphyteutic, cap.77.
              - Contractus κοινο-practicus est
                - Bonorum, quæ dicitur in specie societas, cap.78.
                - Vitæ societas
                  - Privata
                    - Conjugalis, c.79.
                    - Familiæ, c.80.
                  - Publica, in jure symbiotico, c.81.
            - Contractus monopleuros
              - Gratuitus
                - Donatio, cap.82.
                - Mandatum, cap.83.
              - Non gratuitus, est constitutum, cap.84.
          - Verbis, uti verborum obligatio, cujus
            - Generalis, cap.85.
            - Species
              - Principalis.
              - Accessorius, cap.86.
        - Innominata
          - Negotium habens
            - Propius accedens, cujus
              - Genus primum, cap.87.
              - Alterum genus, capite 88.
            - Longius recedens, cap.89.
          - Negotio carens, cap.90.
      - Quasi contractus ex
        - Negotii alieni administratione
          - Spontanea, c.91.
          - Necessaria
            - Demandata tutoria, curatoria, c.92.
            - Connexo negotio
              - Successionis, cap.93.
              - Communionis, c.94.
        - Possessione rei, uti
          - Exhibitio.
          - Editio.
          - Testimonii perhibitio, cap.95.
    - Mediata, cujus
      - Genus primum, cap.96.
      - Alterum, cap.97.

부록 5

서울대학교

V. 결 론

종교개혁의 熱氣와 宗敎動亂으로 인해서 종래 로마 가톨릭교회와의 提携 내지 그 後見속에 유지되어 왔던 신성로마제국 황제의 보편적인 제국지배체제와 그 관행은 16~17세기에 중대한 위기를 맞게 되었다. 곧 現實世界의 보편적 지배자(dominus mundi)로서의 황제의 지위와 '帝國理念' (Reichsidee)은 비록 현실적으로는 그 명목이 유지되고는 있었다고 하더라도 당대에 크게 손상을 입었다. 이러한 신성로마제국의 政體危機' (Verfassungskrise)의 과정속에서 舊독일제국의 고질적인 「割據主義」 (Partikularismus)는 더욱 더 氣勢를 부려 제국은 수백개의 大小領邦(Land)이 난립하는 난맥상을 보이게 되었다. 그런데 당시 유럽전반은 휴머니즘과 세속화, 상업주의, 그리고 福音主義 신앙이라는 새롭고 근대적인 조류로 인하여 종교적으로 복음주의적·개인주의적 신앙방식과 국가교회(Staatskirche)가 출현하게 되었을 뿐만 아니라 경제적으로 신흥 상공시민들의 富力이 전반적으로 크게 증대되었다. 또한 政治-法制的으로도 이러한 상공시민들의 財力의 지원과 국왕의 관료들의 정치적 슬기(prudentia civile)와 常備軍의 군사력(vis arumorum)을 배경으로 세습왕권 및 君主權이 일정 영역위에서 민족(Volk)을 기반으로 한 통치권의 '中央集權化' (Zentralisierung) 내지 '個別 主權的 民族國家' (separater souveräner Nationalstaat)를 실현해 나아갔다.

이러한 근대 '國家性' (Staatlichkeit)대두의 大勢속에서 Machiavelli, Giovanni Botero(以上 伊太利), Jean Boden, John Calvin(이상 佛), Suárez(스페인), Hugo Grotius(和), Thomas Hobbes(英) 등의 정치·법사상가들 및 신학자들은 '必然性' (necessita), '國家理性' (ratio status, raison d'État), '主權' (souveraineté, ius maiestas, Souveränität), '神의 절대주권과 豫定 및 神의 正義, 그리고 기독교적 自然法 내지 세속화된 自然法(理性法)' (christliches-und profanes Naturrecht) 등의 이론적 또는 教義的 도구를 통해서 各己 자국의 국가권력과 군주권의 강화를 도모하였고 또한 자국의 신앙방식을 결정해 갔다.

그런데 이와 같은 유럽 근대국가 초기의 '國家性' 등장에 따른 '絶對主義化' (Absolutisierung)의 경향은 伊, 佛, 英등에서 각기 당시 外侵과 종교분열 및 종교전쟁의 와중에서 파괴된 생활공동체와 政治共同體의 再建을 위한 '平和 (pax)운동과 '秩序' (ordo)운동의 일환으로 발생하였으나[1] 전통적으로 신분

[1] Dieter Wyduckel, Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts-und Staatslehre, Berlin 1976, S.15.

서울대학교

세력이 강했던 신성로마제국이나 또는 스페인으로부터 독립하기 위한 투쟁을 전개하고 있었던 네델란드 의회(Generalstaaten)와 스위스의 자유로운 도시自治體에서는 이러한 군주권의 강화와 절대주의화를 신앙과 법률적 제약에 의해 제한하려는 통치권의 複數化 내지 多元化의 경향, 곧 단체주의적·법인주의적 지배관행(genossenschaftliche-und körperschaftliche Herrschaftsübung)의 경향이 크게 노정되었다.

Otto von Gierke가 1880년에 저술한 그의 책에서 근대사회계약론과 세속적 자연법론의 효시요 루소적 민주주의의 선구자로 치켜 세웠던 독일의 Johannes Althusius는 근대국가형성을 위한 바로 이러한 多元化의 경향을 이론적으로 대변하였다. 그가 1603년에 지은 「정치학 체계론」(Politica Methodice Digesta)(Herborn)에서 기존의 신성로마 제국체제를 붕괴시키지 않는 가운데 제국내의 다원적인 정치세력을 단일한 政體속에 통합시키기 위해 오늘날의 國家聯合(Staatenbund, confederation)의 특성을 다분히 지닌 立憲的 聯邦國家(Bundesstaat, federal state)체제의 수립을 시도한 것도 이러한 緣由에서 였다. 그는 이와 같은 입헌주의적 연방국가의 수립을 위해 기독교의 慈愛(beneficentia)의 정신과 인간의 바른 이성(recta ratio), 正義(iustitia)의 이념 및 공동체원들의 삶의 效用을 증대시키려는 功利主義的 정신을 내포하고 있는 '共生'(symbiosis)의 원리를 내세웠다. 당시의 종교동란의 잔악성과 無謀性을 소년기 부터 듣고 경험하였던 그는 이러한 共生원리의 구현은 당대의 시대적 요청이고 必然性이며 인간의 합리적 이성과 냉철한 국가이성이 요구하고 있는 바이고 또한 지상에서의 神의 豫定秩序를 실현하는 길(via)로 확신했다. 그러므로 그는 共生의 藝術, 또는 共生學(ars symbiotica, 또는 symbioticus)의 수립과 共生體制(=共生 共同體)(consociatio symbiotica)의 구축을 그의 정치학과 정치·법사상의 목표로 삼았던 것이다.

그러한 보편적 共生共同體로 파악된 국가의 권력구조는 도시自治體와 領邦(州)과 같은 中小 領域的 政治集團들의 合意(consensus inter membra)와 協約(pactum)에 의해서, 그리고 그들이 지닌 고유의 主體的 權利(subjektives Recht)는 유보한채 아래로 부터 順次的으로 그리고 一定 位階秩序下에서 형성되며 따라서 이때 창출된 국가의 최고권력인 主權은 최고통치자(summus magistratus) ── 실제로는 신성로마제국의 황제 ── 한 사람에게 속해 있질 않고 萬人에 공통으로 속해 있다(conjunctim universis membris)(Pol. IX 18)고 하였다. 그는 이렇게 보편적 공생공동체를 大政治共同體인 國家와 同一視한 데에서 社會와

國家를 同一視 또는 未分離하려는 경향을 강하게 드러냈다. 그런데 이 국가의 최고권력인 주권은 分割할 수도 또 양도할 수도 없으며(Pol.IX 19) 단지 주권의 行使權만이 통치자와 국민의 대표에게 양도될 수 있다고 하였다. 따라서 통치자는 주권을 자신의 所有權(dominium)처럼 행사할 수는 없고 그것을 마치 他人의 권한(potestas alina)에 대한 '使用權' (ius utendi 또는 ius utentis)을 행사하듯이 행사해야 한다고 주장하였다. 또 그는 Bodin과는 달리 최고 통치자는 神法과 자연법에 구속을 받음은 물론 국가의 基本法(ius symbioticum; lex fundamentalis)과 實定法에도 拘束을 받는다고 하였다. 그런데 만일에 최고 통치자가 통치권 행사의 계약적 특성을 위배한 채 '暴君的'(tyrannus)통치를 지속할 경우에는 최고 통치자를 選出·助言·監視할 임무를 지닌 臣民들의 대표적 身分세력인 'Ephor'들—실질적으로는 신성로마제국의 七選帝侯들—은 諫言과 告發기능에 의해 폭정의 是正을 촉구해야 하며 가능한 교정수단과 절차를 다 밟았음에도 불구하고 폭정이 시정되지 아니할 경우에는 Ephori들은 그러한 暴君을 私人(Privatmann)으로 斷罪하고 그를 處斷할 수 있는 抵抗權(ius resistendi)을 지닌다고 하였다. 그러나 Althusius는 이러한 저항권은 臣(國)民 각자는 행사할 수 없고 단지 Ephor—개인 또는 집단—만이 행사할 수 있다고 하였다. 이러한 면에서 Althusius의 저항권론은 保守的 내지 身分社會的 속성을 일탈하지 못하였다. 그럼에도 불구하고 그는 정치권력이 위로 부터가 아니라 아래로 부터 형성된다는 서구 고유의 권력제한사상과 입헌주의적 전통을 계승·발전시켰으며 또한 권력이 지배의 수단이 아니라 神과 국민에 대한 봉사를 위해 통치자에게 부여된 것이라는 인식을 深化시켜 주었다. 다만 알투지우스의 死後의 서구의 세계에 Thomas Hobbes가 主唱한 바와 같은 절대 군주제가 풍미하였고 또한 독일 제국내에서는 Hermann Conring같은 절대 군주론자가 Althusius의 정치이론속에 함유된 民主的 요소를 지목하면서 이는 온 세계를 파멸과 혼란으로 몰고 갈 誤謬(error pestilens et turbando orbi aptus)를 지닌 악마적인 것이라고 혹평 (2) 함으로 인해서 알투지우스의 정치사상은 심대한 타격을 받았고 심지어는 1654년에 Politica의 최종판이 출간된 이후로는 그의 저서가 Monarchomachen의 저서의 일종으로 간주되어 禁書로 취급되어 世

---

(2) Hermann Conring, De civili prudentia, 1662, XIV, P.362; *Johannes Althusius in:Hans-Gert Roloff(hrsg.), Die Deutsche Literatur. Biographisches Lexikon. Reihe II: Die Deutsche Literatur zwischen 1450 und 1620, Bd.1, Bern 1990/91, S.14-15.

人으로 부터 忘却되었던 것이다. 逆說的이게도 그의 立憲主義的·聯邦主義的 政治·法사상은 1세기 半내에 英·美·和蘭 등에서 실현되었고 또한 제2차 대전이후(1945년)로는 서독의 憲政構造속에 정착되었다.

한편 Althusius의 법이론과 법체계의 意義는 전술한 바와 같이 로마법의 원리를 변화하는 구독일 帝政의 현실에 새롭게 적용해 보려는 이른 바 로마법의 현대적 적용(Usus modernus Pandectarum)의 길을 닦아 주었고 또 한편으로는 전체의 법을 포괄하는 체계적인 一般法理論(Allgemeine Rechtslehre) — 현행법의 再顯을 넘어서서 구조들과 관계들에 관한 고찰도 자유로히 행하고자 한—으로의 길을 닦아 준 점이다. 그러나 그의 公法개념의 가장 기본개념인 국민주권의 개념과 저항권론에서 아직도 身分國家(Ständestaat)개념을 일탈하질 못해서 populus를 근대 정치학이나 법학 및 사회학에서 보는 관점처럼 개인(市民)들의 總合으로 보질 않고 어디까지나 團體(法人) 내지 집단의 成員으로만 봄으로 인해 국민 각자의 基本權에 대한 인식이 매우 박약한 점은 알투지우스의 민주주의적 국가론과 자연법 사상의 분명한 한계였다. 비록 알투지우스는 共生共同體의 평화와 질서를 위해 어느 정도의 종교적 관용은 묵인하였다 하더라도 C.J. Friedrich가 지적한 바처럼 알투지우스의 종교적 寬容 주장은 16~17세기의 종교적 자유에 대한 요구가 일반적으로 그랬듯이 개인의 天賦의 自然權 내지 主觀的 公權의 주장으로 간주될 수는 없는 것이었다. 정치공동체의 새로운 형성과 이와 더불어 국가와 교회와의 새로운 관계구축이라는 그 당시의 시대적 요청에 비추어 볼 때 그러한 주장은 아직 時宜에 부적절한 것이었다는 인상을 지우기 어렵다. 그렇지만도 알투지우스는 그의 정치·법이론에서 부단히 전체 연방국가체제 내에서 단체 및 法人들의 固有權을 강조함으로써 차후 게르만의 團體法(Genossenschaftsrecht) 사상이 특히 Thomas Hobbes와 John Locke에서 현저하게 강조된 근대 개인주의적·합리주의적 자연법사상 및 自然權이론과 연계될 수 있는 橋梁的 역할을 수행해 주었으며 그 점이 알투지우스 정치·법이론의 중요한 공로였다.

※ Bibliographie

（ 原史料 ）

1. D.O.M.F.Has DE SVCCESSIONE AB INTESTATO Theses ... proponit IOANNES ALTHVS ... Basel 1586.
2. De arte Jurisprudentiae Romanae Libri Duo, ad leges methodi Rameae conformati, et Tabula illustrati. Basel 1586.
3. IVRISPRVDENTIA ROMANA, VEL POTIVS, IVRIS ROMANI ARS; DVOBVS LIBRIS COMPREHENSA, ET AD LEGES METHODI Rameae conformata, ... Editio altera, aucta & correcta. Herborn 1588.
4. Civilis conversationis LIBRI DUO: ... Editi á PHILIPPO ALTHUSIO ... Hanova 1601.
5. POLITICA, METHODICE DIGESTA ET EXEMPLIS SACRIS ET PROFANIS illustrata : Cui in fine adjuncta est Oratio panegyrica de utilitate, necessitate & antiquitate scholarum. Herborn 1603.
6. TRACTATUS TRES, Quorum I. De poenis.II.De rebus fungibilibus.III.De Jure retentionis. ... Cassellis 1611.
7. Receß vnd accord buch. Emden 1612.
8. DICAEOLOGICAE LIBRI TRES, Totum & universum Jus, quo utimur, methodicè complectentes: Herborn 1617.
9. APHORISMI ALTHVSIANI VNIVERSI IVRIS CIVILIS... Francofurt 1630.
10. Ubbo Emmius (Verf.?): Manifestum civitatis Emdanae de clade civibus suis in Hispania fraude Comitis Frisiae orientalis illata, editum 1608.
11. Ubbo Emmius: Vindiciae Juris populi contra usurpationem iniquam Comitis usque ad annum 1608.
12. Robertus Hovaeus: THESES PHILOSOPHICAE: Quas ... PRAESIDE... Iohanne Althusio, ... disputandas proponit ... Herborn 1587.
13. Henricus Brocks: CENTVRIA CONCLVSIONVM DE USURIS, MORA ET FRUCTIBUS, QVAM...PRAESIDE ... JOHANNE ALTHUSIO, ... PROPONIT ... Herborn 1591.
14. Johannes Fabricius: THESES DE FVRTIS EORVMQVE Poenis, Quas ... PRAESIDE ... IOHANNE ALTHVSIO, ... Steinfurt 1593.
15. Wesselus Hemessen: THESES HASCE DE MATRIMONIO CONTRAHENDO ET DISSOLVENDO. PRAESIDE ... IOHANNE ALTHVSIO. ... München 1593.

16.Robertus Tybius: DISPUTATIO JURIDICA DE INJURIIS ET FAMOSIS LIBELLIS; QVAM ... Sub praesidio ... JOHANNIS ALTHUSII ... proponit ... Herborn 1601.

17.Johannes Diepenbroch: THESES JURIDICAE De UTILISSIMA AC SCITU DIGNISSIMA INSTRUMENTORUM AC TEstimoniorum materia; Quas ... Praeside ... JOANNE ALTHUSIO ... proponit ... Herborn 1602.

18.Jacobus Eysnerus: THESES JURIDICAE DE PATRIA POTESTATE Quas ... SVB PRAESIDIO ... Johannis Althusii, ... tueri conabitur ... Göttingen 1602.

19.Hugo Pelletarius: DISPUTATIO POLITICA De REGNO RECTE INSTITUENDO ET ADMINISTRANDO: ... Quam ... Praeside ... JOHANNE ALTHUSIO ... defendere conabitur ... Herborn 1602.

20.Jacobus Schickhardus: ASSERTIONES JURIDICAE De JURE DOTIUM. Quas ... Praeside ... JOHANNE ALTHUSIO, ... discutiendas exhibet ... Herborn 1604.

(史料集)

1. Antonius, G. Disputatio de Jurisdictione veteri et nova seu hodierna maxime quatenus in Principe Germando residet, Gießen 1606

____ Disputatio de Camerae imperiali iurisdictione, Gießen 1607

2. Apel, J. Methodica dialectices ratio ad Juris prudentiam accommodata, Nuremberg 1535

3. Aquinas, Thomas. De regimine principum et rusticorum ad regem Cypri libri IV, Paris 1509

4. Arnisaeus, H. Doctrina Politica in genuinam methodum quae est Aristotelis reducta, Frankfurt 1605

_______, De Jure maiestatis libri tres, Frankfurt 1610

_______, De auctoritate principum in populum semper inviolabili, Frankfurt 1612

5. Aristotle(384-322 B.C.). Ethics.

____. Politics.

6. Arumaeus, D. Discursus academici de iure publico, 5 Bde, Jena 1616-1623

7. Augustine(354-430). The City of God(De Civitate Dei).

8. Barclay, William(1546-1608). De regno et regali potestate adversus Buchananum, Brutum, Boucherium et reliquos monarchomachos libri sex, Paris 1600
9. Bartolus of Sassoferrato(1314-1357). Tractatus de tyrannia et tyranno, in Consilia, quaestiones, et tractatus, Basle 1588
10. Beze, de Théodore. Du droit des magistrats sur leurs sujets, Paris 1575
_____, Traité de l'Autorité du Magistrat, Paris 1560
11. Bodin, Jean. Methodus ad facilem historiarum cognitione, Paris 1566
_____, Les Six Livres de la République, Paris 1576
_____, De Republica libri sex, Frankfurt 1591
12. Bornitz, J. Discursus Politicus de Prudentia Politica comparanda, Erfurt 1602
13. Bortius, M. De natura iurium maiestatis et regalium, Jena 1614
14. Botero, G. Della Ragion di Stato libri dieci, Venedig 1589
15. Brutus, Stephanus Junius. Vindiciae contra tyrannos, Edinburgh 1579
16. Buchanan, George. De iure regni apud Scotos dialogus, Edinburgh 1579
17. Calvin, John. Institutio Christianae religionis, Geneva 1559
18. Clapmarius, A. Disputatio de iure publico, Altdorf 1602
_____, De arcanis rerum publicarum libri sex, Bremen 1605
19. Conring, H. De germanici imperii civibus, Helmstedt 1641
_____, De origine iuris germanici, Helmstedt 1643
_____, De ratione status, Helmstedt 1651
_____, Dissertatio de republica Imperii Germanici communi, Lampadio praemissa, Brunswick 1730
20. Connanus, F. Commentarii juris civilis, Basel 1557
21. Covarrubias, de Diego. Opera omnia, Francofurti a.M. 1608
22. Cusanus, Nicolaus. De Concordantia catholica I, II, Basel 1417
23. Danaeus, L. Politices Christianae libri septem, Genf 1596
24. Gaius, Institutiones(etwa A.D.2C).
25. Gothofredus, D. De tutelis electoralibus testamentariis legitimas excludentibus libri sex, Heidelberg 1611
26. Grotius, H. De jure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium: item juris publici praecipua explicantur, Paris 1625

27. Gregory, Peter(Tholosanus, 1540-1617). De republica libri XXVI, Pont-à-Mousson 1596

_____. Syntagma juris universi atque legum pene omnium gentium et rerum publicarum praecipuarum in tres partes digestum, Lyon 1582

28. Hobbes, Th. De cives, Paris 1604

_____, Leviathan, London 1651

29. Hotman, Francis(1524-1590). Francogallia, Frankfurt 1586

30. Keckermann, B. Systema disciplinae politicae, Hanau 1608

31. Kirchner, H. Theses politicae de prudentia mixta, Marburg 1595

32. Knichen, A. De sublimi et regio territorii iure synoptica tractatio, in qua principum Germaniae realia territorio subnixa, vulgo Landes-Obrigkeit indigetata, nuspiam antehac digesta, luculenter explicantur, Frankfurt 1600

33. König, R. De origine electorum / De statu imperii Romani, Gießen 1608

_____, Dissertatio politica de maiestate, Gießen 1608

34. Lagus, C. Juris utriusque traditio methodica, Frankfort-on-the Main 1543

35. Lampadius, J. De Jurisdictione, Juribus Principum et statuum Imperii, Heidelberg 1620

_____, De republica Romano-Germanica ... cum annotatis Hermanni Conringii, Helmstedt 1671

36. Limnaeus, J. Juris publici Imperii Romano-Germanici libri IX, 3 Bde, Straßburg 1629-1634

_____,Dissertatio Apologetica de Statu Imperii Romano Germanici, Ansbach 1643

37. Lipsius, J. Politicorum seu civilis doctrina libri sex, Leiden 1589

38. Locke, John. Two Treatises of Civil Government, London 1690

39. Losaeus, Nicolaus. De jure universitatum tractatus, Turin 1601

40. Machivelli, Niccolo. Disputationum de republica quas discursus nuncupavit libri III, Ursel 1599

_____, Il Principe e le opere politiche, Milano 1976

41. Marsilius of Padua. The Defender of the Peace. Trans. by Alan Gewirth, New York 1956(Defensor pacis. Frankfurt 1592.)

42. Mariana, de Juan. De rege ac regis institutione, Mainz 1605
43. Melanchthon, Ph. Commentarii in aliquot politicos libros Aristotelis, Wittenberg 1530/31
44. Paurmeister, Tobias(1553-1608). De Jurisdictione imperii Romani libri duo, Hanau 1608
45. Polybius(B.C.205?-123?). Histories
46. Pruckmann, F. Tractatus de Regalibus, Berlin 1587
47. Pütter, J. St. Kurzer Begriff des Teutschen Staatsrechts, Göttingen 1746
, Elementa iuris publici Germanici, Göttingen 1754(seit 1770 als (Institutiones iuris publici Germanici))
, Entwurf einer Juristischen Encyklopädie, Göttingen 1757
48. Pufendorf, S. Severini de Monzambano Veronensis De Statu Imperii Germanici ad Laelium Fratrem, Dominum Trezolani, liber unus, Genf 1667
, De jure naturae et gentium, Libri VIII, Lund 1672
, De officio hominis et civis juxta Legem naturalem, libri II, 1673, hrsg. u. eingl. v. Walther Schücking, New York 1927
49. Reinking, D. Tractatus de Regimine Seculari et Ecclesiastico, exhibens brevem et methodicam juris publici delineationem ac praecipuarum controversiarum, circa hodiernum S. Imperii Romani statum et gubernationem, tam secularem, quam in genere Ecclesiasticum, vertentium resolutionem, Gießen 1619
50. Rousseau, J. J. Du Contrat Social, Montmorency 1762
51. Sachsenspiegel. Hrsg. Karl August Eckhardt, Göttingen 1955
52. Sixtinus, R. Tractatus de regalibus, Mühlhausen 1602
53. Smith, Sir Thomas(1513-1577). De republica Anglorum: the Manner of Government or Police of the Realm of England, London 1583
54. Soto, Domingo de. De Justitia et lure, Madrid 1523
55. Stephani, Matthew(1576-1646). Tractatus de jurisdictione ... tam seculares quam ecclesiastici in imperio Romano, Frankfurt 1611
56. Suarez, Francisco. De legibus, ed. and trans. J. R. Egillor Muniozguren(6 vols., Madrid, 1967).
57. Thomasius, Chr. Fundamenta Iuris Naturae & Gentium ex sensu communi deducta, Halle und Leipzig 1705

58. Vasquez, Ferdinandus. Controversiarum illustrium libri tres, Francofurti a.M. 1672
59. Vigelius, N. Juris civilis universi absolutissima Methodus, Basel 1565
_______, Digestarum juris civilis libri 50 in 7 partes distincti, Basel 1568
_______, Methodus juris controversi, Basel 1615
60. Vultejus, H. Commentarius ad titulos Codicis qui sunt de jurisdictione et foro competenti, Frankfurt 1599
61. Wolff, Chr. Jus Naturae methodo scientifica pertractatum, 8 Bde., Frankfurt und Leipzig/Halle-Magdeburg 1740-1748
____, Institutiones Juris Naturae & Gentium, Halle-Magdeburg 1750
____, Jus publicum universale = Jus Naturae, VIII, 1748
62. Zuccalius, L. Dissertatio de Ratione status, über. v. Johannes Garmers, Hamburg 1663

〈研究書〉

1. Allen, J.W.: A History of Political Thought in the Sixteenth Century, London 1928
2. Althusius-Bibliographie: Bibliographie zur politischen Ideengeschichte und Staatslehre, zum Staatsrecht und zur Verfassungsgeschichte des 16. bis 18. Jahrhunderts, Hg. Hans Ulrich Scupin und Ulrich Scheuner im Auftrag der Johannes-Althusius-Gesellschaft, 2Bde., Berlin 1973
3. Althusius, Johannes: The Politics of Johannes Althusius. An abridged translation of the Third Edition of Politica Methodice Digesta. Translated, with an Introduction by F.S. Carney. Preface by C.J. Friedrich, Boston 1964
4. Angermeier, H.: Die Reichsreform, 1410-1555; Die Staatsproblematik in Deutschland zwischen Mittelalter und Gegenwart, Berlin 1984
5. ANNALES DE PHILOSOPHIE POLITIQUE (Institut international de Philosophie Politique) " Le droit naturel ". (Paris, P.U.F., 1959).
6. Antholz, Henri: Die politische Wirksamkeit des Johannes Althusius in Emden (Abhandlungen und Vorträge zur Geschichte Ostfrieslands, Heft 32, 1955).
7. Atger, Frédéric: Essai sur l'histoire des doctrines du Contrat

social, Paris·Alcan, 1906
8. Aublin, Hermann und Zorn, Wolgang(Hg.): Handbuch der Deutschen Wirtschafts-und Sozialgeschichte Band 1; von der Frühzeit bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, Stuttgart 1978
9. Bachmann, Hanns-Martin: Die naturrechtliche Staatslehre Christian Wolffs(Schriften zur Verfassungsgeschichte Band 27), Berlin 1977
10. Barraclouch, G.: The Origins of Modern Germany, Oxford 1979
11. Baudrillart, Henri: Jean Bodin et son temps, Paris 1853
12. Beard, Charles: The Reformation of the Sixteenth Century in Its Relation to Modern Thought and Knowledge, London 1981
13. v. Below, Georg: Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland(Historische Bibliothek, hrsg. von der Redaktion der Historischen Zeitschrift 19. Band), Aalen 1964
14. Bertram, Karl Friedrich: Die Widerstandsrecht des Grundgesetzes(Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 122), Berlin 1970.
15. Black, Antony: Guilds & Civil Society in European Political Thought From the Twelfth Century To the Present, Cambridge 1984
16. Blickle, Peter & Rublack, Hans-Christoph: Religion, Politics and Social Protest ; Three Studies on Early Modern Germany, London 1984
17. Bluntschli, Johann Caspar: Geschichte des Allgemeinen Staatsrechts und der Politik, Münich 1867
18. Bohatec, Josef: Calvin und das Recht, Graz 1934
______: Calvins Lehre von Staat und Kirche mit besonderer Berücksichtigung des Organismusgedankens, Breslau 1937
19. Bosel, Karl: Staat, Gesellschaft, Wirtschaft im deutschen Mittelalter (Handbuch der deutschen Geschichte Band 7, hrsg. von Gebhardt), München 1970
20. Brunner, Otto: Neue Wege Der Verfassungs-und Sozialgeschichte, Göttingen 1968
21. Blickle, Peter & Rublack, Hans-Christoph: Religion, Politics and Social Protest: Three Studies on Early Modern Germany, London 1984
22. Carlyle, R.W. and A.J.: A History of Medieval Political Theory in the West VI, Edinburgh 1936

23. Cassirer, Erich: Natur-und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie, Berlin 1919
24 . Church, William Farr: Constitutional Thought in Sixteenth-Century France, Cambridge, Mass. 1941
25. Cicero, Marcus Tullis: On the Commonwealth. Trans. by George Holland Sabine and Stanley Barney Smith, Indianapolis 1985
26. Clark, P.(ed.): The European Crisis of the 1590s; essays in comparative history, London 1985
27. Coing, Helmut: Epochen Der Rechtsgeschichte in Deutschland, München 1971
______(Hg.): Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 7 Bde., München 1973-1987
28. Conrad, Hermann: Deutsche Rechtsgeschichte Band II; Neuzeit Bis 1806 Karlsruhe 1966
29. Conring, Enno: Kirche und Staat nach der Lehre der niederländischen Calvinisten in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, Vluyn 1965
30. Copleston, Frederick S,J.: A History of Philosophy, Volume III; Ockham to Suarez, Westminster 1959
31. Dabin, Jean: Doctrine générale de L'Etat, Bruxelles 1929
32. Dahm, K.W., Krawietz, W., Wyduckel, D. (Hg.): Politische Theorie des Johannes Althusius.(Beiträge des interdisziplinären Symposiums anläßlich des 400jährigen Jubiläums der Hohen Schule Herborn 1984.) Beiheft 7 der Zeitschrift Rechtstheorie, Berlin 1988
33. Dennert, Jürgen(Ed.): Beza, Brutus, Hotman; Calvinistische Monarchomachen, Köln·Opladen 1968
____: Ursprung und Begriff der Souveränität, Stuttgart 1964
34. DER STAAT. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte, hrsg. von E.W. Böckenförde, R.Grawert, F.Ossenbühl, H.Quartisch, R.Wahl, E.Weis, B.Willms, Berlin 1962-1987
35. Die Deutsche Literatur. Biographisches und bibliographisches Lexikon; Reihe II: Die Deutsche Literatur zwischen 1450 und 1620, Band 2, Bern·Berlin 1991
36. Dooyeweerd, Herman: De Strijd om Ret Souvereinitsbegrip in de Moderne Rechtsen Staatsleer, Amsterdam 1950
37. Doumergue, Emile: Jean Calvin, les homme et les choses de son temps, Lousanne 1917

38. Dreitzel, Horst: Protestantischer Aristotelismus und Absoluter Staat: Die "Politica" des Henning Arnisaeus(ca.1575-1636), Wiesbaden 1970

39. Duguit, Léon: Traité de Droit constitutionnel(5 volumes), Paris 1921-1925

40. Dunn, Richard S.: The Age of Religious Wars 1559-1689, New York 1970

41. Dunning, William Archibald: A History of Political Theories. From Luther To Montesquieu, New York 1955

42. Ehrlich, Walter: Einführung in die Staatsphilosophie, Tübingen 1958

43. Engelsing, Rolf: Sozial-und Wirtschaftsgescichte Deutschlands.(Kleine Vandenhoeck-Reihe, 1381), Göttingen 1973

44. d'Entrèves, A.P.: Natural Law, London 1951

____ (ed.): Aquinas, Selected Political Writings, Oxford 1954

45. Ercole, Francezco: Da Bartolo all' Althusio, Florence 1932

46. Euchner, Walter: Naturrecht und Politik bei John Locke, Frankfurt a. M. 1969

47. Fickel, George: Der Staat bei Bodin, Leipzig 1934

48. Figgis, John Neville: Studies of Political Thought from Gerson to Grotius 1414-1625, Cambridge 1956

49. Finnis, John: Natural Law And Natural Rights, Oxford 1980

50. Forsthoff, E.: Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3.Aufl., Stuttgart 1969

51. Franklin, Julian H.: Jean Bodin & the Rise of Absolutist Theory(Cambridge Studies in the History & Theory of Politics), Cambridge 1973

____: Jean Bodin and the Sixteenth-Century Revolution in the Methodology of Law and History, Westport 1977

____: Constitutionalism and Resistance in the Sixteenth Century, Three Treatises by Hotman, Beza, & Mornay, Pegagus and New York 1969

52. Friedrich, Carl Joachim: 'Introduction' of Politice Digesta of Johannes Althusius(Althaus), Cambridge, Massachusetz 1932

____: Johannes Althusius und sein Werk im Rahmen der Entwicklung der Theorie von der Politik, Berlin 1975

____: Constitutional Government and Democracy, Boston 1941

____: Age of the Baroque, New York 1952

53. Gerbrandy, P.S.: National And International Stability; Althusius, Grotius, Van Vollenhoven, London 1944
54. Gewirth, Alan: Marsilius of Padua. The Defender of Peace, Volume I.II, New York and London 1964
55. von Gierke, Julius: Neues über Johannes Althusius, Berlin, Köln, 1957
56. von Gierke, Otto: Das deutsche Genossenschaftrecht(4 volumes, Berlin, 1868-1813).
I. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft.
II. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs.
III. Die Staats und Korporationslehre der Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland.
IV. Die Staats- und Korporationslehre der Neuzeit durchgeführt bis zur Mitte des 17; für das Naturrecht bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts.
______: Deutsche Privatrecht(3 volumes. Münich, Leipzig, 1895-1917).
______: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
______: Die Grundbegriff des Staatsrechts und die neueren Staatsrechtstheorien, Tübingen 1915
______: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1880, 7. Aufl., (Mit Vorwort von J. von Gierke), Aalen 1981
57. von Gierke, Otto: The Development of Political Theory. Trans. by Bernard Freyd, London 1939
58. Gilmore, Myron Piper: Argument from Roman Law in Political Thought 1200-1600, New York 1941
59. Gilson, Etienne: Le thomisme. Introduction à la philosophie de Saint Thomas d'Aquin, Paris 1948
60. Göhring, Martin: Weg und Sieg der modernen Staatsidee in Frankreich, Tübingen 1946
61. Gough, J.W.: The Social Contract. A critical study of its development, Oxford 1936
62. Groß, Annenmarie: Der Streit um das Widerstandsrecht; Ein Beitrag zur Geschichte der englischen Revolution, Berlin 1929
63. Gross, Hanns: Empire and Sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire, 1599-1804, Chicago &

London 1973
64. Hamilton, Bernice: Political Thought In Sixteenth-Century Spain, Oxford 1963
65. Harris, J.W.: Legal Philosophies, London 1980
66. Hartmann, Peter Claus: Französische Verfassungsgeschichte der Neuzeit (1450~1980). Ein Überblick, Darmstadt 1985
67. Hartung, Fritz: Deutsche Verfassungsgeschichte, 9.Aufl., Stuttgart 1969
68. Hattenhauer, H: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794, Berlin 1970
69. Haußherr, Hans: Der Staat in Calvins Gedankenwelt, Leipzig 1923
70. Hearnshaw, F.J.C.: The Social and Political Ideas of some Great Thinkers of the Sixteenth and Seventeenth Centuries, London 1926
71. Heckel, Martin: Staat und Kirche nach den Lehren der evangelischen Juristen Deutschlands in der ersten Hälfte des 17. Jahrhundert, München 1968
______: Deutschland im konfessionellen Zeitalter, Göttingen 1983
72. Heyland, Carl: Das Widerstandsrecht des Volkes gegen verfassungswidrige Ausübung der Staatsgewalt im neuen deutschen Verfassungsrecht, Tübingen 1950
73. Hintze, Otto: Staat und Verfassung; Gesammelte Abhandlungen zur Allgemeinen Verfassungsgeschichte, Göttingen 1970
74. von Hippel, Ernst: Geschichte der Staatsphilosophie, Band I. II, Meisenheim 1958
______: Johannes Althusius.(Westfälische Lebensbilder), Münster 1931
75. Hobbes, Thomas: Naturrecht und Allgemeines Staatsrecht in den Anfangsgründen, Darmstadt 1983
76. Hofmann, Hanns Hubert(Hg.): Die Entstehung des modernen souveränen Staates, Köln, Berlin 1967
______: Quellen zum Verfassungsorganismus des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation 1495-1815, Darmstadt 1976
77. Hofmann, Hasso: Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, Berlin 1974
______: Recht- Politik- Verfassung; Studien zur Geschichte der politischen Philosophie, Frankfurt a. M. 1986
78. Hoke, Rudolf: Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus (Un-

tersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Band 9), Aalen 1968
79. Heller, Hermann: Staatslehre, Leiden 1934
80. Holborn, Hajo: A History of Modern Germany; The Reformation, Princeton 1982
81. Holtzmann, Robert: Der Weltherrschaftsgedanken des mittelalterlichen Kaisertums und die Souveränität der Europäischen Staaten, Darmstadt 1953
82. Hoppe, Michael: Die klassische und neoklassische Theorie der Genossenschaften. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte und zur neueren Genossenschaftstheorie, Berlin 1976
83. Horn, Ewald: Die Disputationen und Promotionen an den Deutschen Universitäten vornehmlich seit dem 16. Jahrhundert, Leipzig 1893
84. Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt a.M., hg. von H. Coing, Bd. 1 (1967) ff.
85. Jaffa, Harry: Thomism and Aristotelianism, Chicago 1952
86. Janssen, Albert: Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft: Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens, Göttingen·Frankfurt·Zurich 1974
87. Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1921
88. Jensen, De Lamar: Reformation Europe; Age of Reform and Revolution, Lexington·Toronto 1981
89. Jeserich, K.G.A., Pohl, H., Unruh, Chr. v. (Hrsg.): Deutsche Verwaltungsgeschichte, 5 Bde., Stuttgart 1983-1987
90. Joachimsen, Paul(Hrsg.): Der deutschen Staatsgedanken von seinen Anfängen bis auf Leibniz und Friedrich den Grossen: Dokumente und Entwicklung, Darmstadt 1967
91. Jong, O.J. De: Niederländische Kirchengeschichte seit dem 16. Jahrhundert.(Die Kirche in ihre Zeit, Bd. 3, Lieferung M 2.), Göttingen 1975
92. Junghans, Helmar: Ockham im Lichte der neueren Forschung, Berlin 1968 (Arbeiten zur Geschichte und Theologie des Luthertums, Bd. 21)
93. Kamen, Henry: Spain 1469~1714; A Society of Conflict, London and New York 1983
94. Kämpf, Hellmut(Hrsg.): Herrschaft und Staat im Mittelalter, Darmstadt

1956 (Wege der Forschung, Bd. 2), Neudruck ebd. 1974
95. Kantorowicz, Hermann: Studies in the Glossators of the Roman Law. Newly discovered Writings of the 12th Century, Aalen 1969
96. Kaufmann, Ekkehard und Erler, Adalbert(Hrsg.): Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte 25. Lieferung, Berlin 1986
97. Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
98. Kern, Ernst: Moderner Staat und Staatsbegriff. Eine Untersuchung über die Grundlagen und die Entwicklung des kontinental-europäischen Staates, Hamburg 1949 (Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaften)
99. Kern, Fritz: Recht und Verfassung im Mittelalter, Darmstadt 1981
____ : Gottesgnadentum und Widerstandsrecht in frühen Mittelalter, Darmstadt 1915
100. Kimminich, O.: Deutsche Verfassungsgeschichte, Frankfurt 1970
101. Kish, Guido: Melanchthons Rechts- und Soziallehre, Berlin 1967
____ : Studien zur humanistischen Jurisprudenz, Berlin·New York 1972
102. Kleinheyer, Gerd: Die kaiserlichen Wahlkapitulationen. Geschichte, Wesen und Funktion, Karlsruhe 1968 (Studien und Quellen zur Geschichte des deutschen Verfassungsrechts, Bd. 11)
103. Kleinheyer, G., Schröder, J.: Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 2. Aufl., Heidelberg 1983
104. Kluxen, Kurt: Englische Verfassungsgeschichte; Mittelalter, Darmstadt 1987
105. Koschaker, Paul: Europa und das römische Recht, 4. Aufl., München 1966
106. Krüger, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart 1966
107. Kungel, Wolfgang: Römische Rechtsgeschichte(Böhlau=Studien=Bücher Grundlagen des Studiums), Köln·Wien 1985
108. Kunisch, J.: Absolutismus, Europäische Geschichte vom Westfälischen Frieden bis zur Krise des Ancien Régime, Göttingen 1986
109. Laband, Paul: Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts in das deutsche Staatsrecht, Straßburg 1880
110. Landmann, Max: Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern von Jean Bodin bis auf Jean-Jacques Rousseau. Ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des Souveränetätsbegriffs, Leipzig 1896

111. Laski, Harold J.: Studies in the Problem of Sovereignty, New Haven and London 1917
______: Studies in Law and Politics, London 1932
112. Laufs, A.: Rechtsentwicklungen in Deutschland, 3.Aufl., Berlin·New York 1984
113. Lewis, Ewart: Medieval Political Ideas, Vol. I, New York 1954
114. Lewy, Guenter S.J.: Constitutionalism and Statecraft during the Golden Age of Spain: A Study of the Political Philosophy of Juan de Mariana, Geneva 1960
115. Lütge, Friedrich: Deutsche Sozial-und Wirtschaftsgeschichte; Ein Überblick.(Enzyklopädie der Rechts-und Staatswissenschaft), Berlin ·Göttingen 1966
116. Lutz, Ulrich: Die Herrschaftsverhältnisse in der Landgrafschaft Baar in der Wende vom 15. zum 16. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Entstehung des Territorialstaates und zur Geschichte des Bauernkrieges.(Veröffentlichungen des Alemannischen Instituts Friburg i. Br. Nr. 46), Bühl/Baden 1979
117. Mager, Wolfgang: Zur Entstehung des modernen Staatsbegriffs, Wiesbaden 1968 (Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Abhandlungen der Geistes- und sozialwissenschaftlichen Kl., 1968, Nr. 9)
118. Maier, Hans: Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft). Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Wissenschaft in Deutschland, Neuwied 1966 (Politica, Bd. 13)
119. Maier, Hans/Rausch, Heinz/Denzer, Horst (Hrsg.): Klassiker des politischen Denkens, Bd. 1: Von Plato bis Hobbes, München 1972, Bd. 2: Von Locke bis Max Weber, München 1969
120. Medick, Hans: Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft. Die Ursprünge der bürgerlichen Sozialtheorie als Geschichtsphilosophie und Sozialwissenschaft bei Samuel Pufendorf, John Locke und Adam Smith, Göttingen 1973 (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft, Bd. 5)
121. Menger, Christian-Friedrich: Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Eine Einführung in die Grundlagen, 4.Aufl., Heidelberg 1984
122. Mesnard, Pierre: L'Essor de la Philosophie Politique au XVIe siècle,

3.Aufl., Paris 1969
123. MacIver, R.M.: The Modern State, Glasgow·New York·Toronto 1966
124. Maritain, Jacques: An Introduction to Philosohy, Paris 1956
125. Mcdonald, Lee C.: Western Political Theory: From the Origins to the Present, New York 1968
126. McIlwain, Charles Howard: Constitutionalism: Ancient & Modern, Ithaca and London 1983
127. Meinecke, Friedrich: Die Idee der Staatsraison in der neueren Geschichte. 3.Aufl., Göttingen 1929
128. Menk, Gerhard: Die Hohe Schule Herborn in ihrer Frühzeit (1584-1660). Ein Beitrag zum Hochschulwesen des deutschen Kalvinismus im Zeitalter der Gegenreformation, Wiesbaden 1981
129. Messner, Johannes: Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, Berlin 1984
130. Mitteis, Heinrich: Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte, Darmstadt 1958
____: Die deutsche Königswahl. Ihre Rechtsgrundlagen bis zur Goldenen Bulle, Darmstadt 1981
131. Mitteis, H., Lieberich, H.: Deutsche Rechtsgeschichte, 17.Aufl., München 1985
132. Mogi, Sombi: Otto von Gierke: His Political Teaching and Jurisprudence, London 1932
133. Molitor, Erich: Die Reichsreformbestrebungen des 15. Jahrhunderts bis zum Tode Kaiser Friedrichs III., Breslau 1921 (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 132)
134. Müller, Friedrich: Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II, Berlin 1976 (Schriften zur Rechtstheorie, H. 51)
135. Näf, Werner: Herrschaftsverträge des Spätmittelalters, Bern 1951 (Quellen zur neueren Geschichte, H. 17)
____: Die Epochen der neueren Geschichte. Staat und Staatengemeinschaft vom Ausgang des Mittelalters bis zur Gegenwart, Bd. 1, München 1970
136. Nürnberger, R.: Die Politisierung des französischen Protestantismus, Berlin 1948

137. O'Connor, D.J.: Aquinas and Natural Law, London·Melbourne·Toronto 1967
138. Oestreich, Gerhard: Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, Berlin 1968 (Historische Forschungen, Bd. 1)
____: Geist und Gestalt des frühmodernen Staates. Ausgewählte Aufsätze, Berlin 1969
____: Neostoicism & The Early Modern State, Cambridge·London·New York 1982
139. Ong, Walter J.: Ramus, Method, and the Decay of Dialogue; From the Art of Discourse to the Reason, New York 1974
140. Otte, Gerhard: Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren, Frankfurt a.M. 1971 (Ius Commune, Sonderh. 1)
141. Pangle, Thomas L.: Montesquieu's Philosophy of Liberalism, A Commentary on the Spirit of the Laws, Chicago 1973
142. Paolucci, Henry(ed.): The Political Writings of St. Augustine, Chicago 1962
143. Parker, Geoffrey: Europe in Crisis 1598-1648, New York 1979
144. Pesch, Otto Hermann: Theologie Der Rechtfertigung Bei Martin Luther und Thomas von Aquin; Versuch eines systematisch-theologischen Dialogs, Darmstadt 1985
145. Poggi, Gianfranco: The Develpment of the Modern State; A Sociological Introduction, London 1978
146. Pohlenz, Max: Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung, 4. Aufl., Göttingen 1970-1972, 2 Bde
147. Polin, Raymond: Politique et philosophie chez Thomas Hobbes, Paris 1953
____: La politique morale de John Locke, Paris 1960 (Bibliothèque de philosophie contemporaine, Histoire de la philosophie et philosophie générale)
____: La politique de la solitude. Essai sur la philosophie politique de Jean-Jacques Rousseau, Paris 1971 (Philosophie politique)
148. Post, Gaines: Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1100 - 1322, Princeton 1964
149. Prestwich, Menna(ed.): International Calvinism 1541-1715, Oxford 1985
150. Quaritsch, Helmut: Staat und Souveränität, Bd. 1: Die Grundlagen,

Frankfurt a.M. 1970

151. Rabb, Theodore K.: The Struggle for Stability in Early Modern Europe, New York 1975

152. Rehm, Hermann: Geschichte der Staatsrechtwissenschaft, Neudruck Darmstadt 1967

153. Reibstein, Ernst: Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den "Controversiae illustres" des Fernandus Vasquius (1559), Bern 1949

______: Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre, Karlsruhe 1955 (Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 5)

______: Volkssouveränität und Freiheitsrechte. Texte und Studien zur politischen Theorie des 14. - 18. Jahrhunderts, hg. v. C. Schott, Freiburg/Br. 1972, 2 Bde.(Orbis Academicus, Sonderbd. 1)

154. Reynolds, Beatrice: Proponents of limited Monarchy in sixteenth Century France: Francis Hotman and Jean Bodin, New York 1931

155. Ritter, Gerhard: Die Dämonie der Macht: Betrachtungen über Geschichte und Wesen des Machtproblems im Politischen Denken der Neuzeit. 6. Aufl., München 1948

156. Ritter, Joachim und Gründer, Karlfried(Hrsg): Historisches Wörterbuch Der Philosophie, Band 6: Mo - O, Stuttgart 1984

157. Rommen, Heinrich A.: The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy, New York 1979 (European Political Thought: Traditions and Endurance)

______: Die Staatslehre des Franz Suarez S.J., New York 1979

158. Rousseau: Jean-Jacques Rousseau et son oeuvre. Problèmes et recherches, Commémoration et Colloque de Paris (16-20 oct. 1962), Paris 1964 (Actes et Colloques, 2)

159. Rutherford, Samuel: Lex, Rex, or The Law And The Prince, Harrisonburg 1980

160. Salmon, John H.M.: The French Religious Wars in English Political Thought, Westport 1981

161. Savigny, Friedrich Carl von: Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Darmstadt 1956, 7 Bde.

162. Scheyhing, R.: Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Köln 1968
163. Schlosser, H.: Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 5. Aufl., Heidelberg 1985
164. Schilling, Heinz: Aufbruch und Krise; Deutschland 1517-1648 (Das Reich und die Deutschen), Berlin 1988
165. Schilling, K.: Christliche Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin 1933
166. Schilling, Otto: Die Staats- und Soziallehre des hl. Thomas von Aquin, 2. Aufl., München 1930
167. Schmidt, Heinrich: Politische Geschichte Ostfrieslands, Leer 1975
168. Schmitt, Carl: Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 2. Aufl., München 1934
_____: Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols, Hamburg 1938
_____: Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung der Politischen Theologie, Berlin 1970
169. Schnur, Roman: Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des modernen Staates, Berlin 1962
170. Schubert, Friedrich Hermann: Die deutschen Reichstage in der Staatslehre der frühen Neuzeit, Göttingen 1966 (Schriftenreihe der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Schrift 7)
171. Schulz, Fritz: Einführung in das Studium der Digesten, Tübingen 1916
172. Shennan, J.H.: The Origins of The Modern European State 1450-1725, London 1974
173. Sigmund, Paul E.: Natural Law In Political Thought, New York 1971
174. Skinner, Quentin: The Foundations of Modern Political Thought, Vol. I,II, Cambridge 1978
175. Smend, Rudolf: Das Reichskammergericht. Part 1: Geschichte und Verfassung, Weimar 1911
176. Stintzing, Roderich: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, München 1880-1910, 3 Abteilungen (Geschichte der Wissenschaft in Deutschland, Neuere Zeit, 18), Neudruck Aalen 1957 in 4 Bdn.
177. Stobbe, Otto: Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Leipzig 1860 - 1864, Neudruck Aalen 1965

178. Stolleis, M.: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1: Reichspublizistik und Policeywissenschaft (1600-1800), München 1988
179. Stölzel, Adolf: Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in den deutschen Territorien. Eine rechtgeschichtliche Untersuchung mit vorzugsweiser Berücksichtigung der Verhältnisse im Gebiet des ehemaligen Kurfürstentums Hessen, Band 1,2, Aalen 1964
180. Strauss, Leo: Natural Right and History, Chicago·Illinois 1953
181. Thieme, Hans: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, Berlin und München
182. Thompson, I.A.A.: War and Government in Habsburg Spain 1560-1620, London 1976
183. Tierney, Brian: Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of the Medival Canonists from Gratian to the Great Schism, Cambridge 1955 (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought, New Series, 4)
_____: Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150-1650, Cambridge·London·New York·New Rochelle·Melbourne·Sydney 1982
184. Treumann, Rudolf: Die Monarchomachen; Eine Darstellung der revolutionären Staatslehren des XVI. Jahrhunderts(1573-1599), Leipzig 1895
185. Troeltsch, Ernst: The Social Teaching of the Christian Churches. Volume one, two. Trans. by Olive Wyon, London 1950
186. Tuck, Richard: Natural rights theories; Their origin and development, Cambridge·London·New York, 1979
187. Überweg, Friedrich: Die Philosophie der Neuzeit bis zum Ende des 18. Jahrhunderts, 13. Aufl., Tübingen 1953
188. Ullman, Walter: The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna. With an introduction by Harold Dexter Hazeltine, London 1946
189. Vorländer, Karl: Geschichte der Philosophie, II. Bd, Hamburg 1955
190. Vres, Jan De: The Economy of Europe in an Age of Crisis 1600-1750, Cambridge·London·New York, 1976
191. Wieacker, F.: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967

192. Wilks, Michael: The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists, Cambridge 1963

193. Winters, P.J.: Die »Politik« des Johannes Althusius und ihre zeitgenössischen Quellen: Zur Grundlegung der politischen Wissenschaft im 16. und im beginnenden 17. Jahrhundert, Freiburg im Breisgau, 1963

194. Wolf, Erik: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963

_____: Das Problem der Naturrechtslehre: Versuch Einer Orientierung (Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 2), Karlsruhe 1964

_____: Recht des Nächsten, Frankfurt 1958

195. Wolzendorff, Kurt: Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt.(Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, hg. v. Dr. Otto v. Gierke, 126. Heft), Breslau 1916

196. Wyduckel, Dieter: Ius publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1984

_____: Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre, Berlin 1976

197. Zeitschrift für historische Forschung, hrsg. von J.Kunisch, K.Luig, P.Moraw, V.Press, Berlin 1974-1987 (13 Bde.)

198. Ziehen, Eduard: Reichsreform und Reichsgedanke 1486-1504, Berlin 1940 (Historische Studien, Bd. 371)

199. Zippelius, Reinhold: Geschichte der Staatsideen, sechste, erweiterte Aufl., München 1971

<研究論文>

1. Angermeier, Heinz, "Die Reichsregimenter und ihre Staatsidee", Historische Zeitschrift, 211. Band Heft 2 Oktober 1970, 265-315
2. Antholz, H.W., "Johannes Althusius und die Emder Publizistik zu Beginn des 17. Jahrhunderts. Ein Beitrag zu strittigen Verfasserfragen in Schriften der ständischen Bewegung", OSTFRIESLAND. Mitteilungsblatt der Ostfriesischen Landschaft und der Ostfriesischen Heimatvereine Nr.1 April 1950, 1-15
3. Bainton, Roland H., "Changing Ideas and Ideals In The Sixteenth Century", The Journal of Modern History, Vol.III December 1936, Nr. 4, 417-443
4. Baron, Hans, "Calvinist Republicanism and Its Historical Roots", Church History, 8(1939), 30-42
5. Bezold, F., "Staat und Gesellschaft des Reformationszeitalters", in: ders., Kultur der Gegenwart, II, V, 1., Berlin 1908, 18-37
6. Bischof, Josef, "Die Volkssouveränitätslehre bei Johannes Althusius und Franz Suarez. Diss. Wien 1944
7. Blicke, Peter, "Untertanen in der Frühneuzeit. Zur Rekonstruktion der politischen Kultur und der sozialen Wirklichkeit Deutschlands im 17. Jahrhundert", Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeshichte, 70. Band, Heft 4 (1983), 483-522
8. Böckenförde, E.W., "Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation", Säkularisation und Utopie. (Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geb., Stuttgart 1967), 76-95
9. Boukema, H.J.M., "Grotius' Concept of Law", ARSP, Vol. 1983 LXIX, Heft 1, 1. Quartel, 68-73
10. Brenneysen, Enno Rudolf, "Einiger gelehrter Männer Judicia von des J. Althusus Lehre", des., Ostfiesische Historie, Bd. 1, Aurich 1720, 442-447
11. Brinton, Crane, "Natural Rights", Encyclopedia of the Social Sciences, 299-302
12. Brunner, Otto, "Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht", Historische Zeitschrift, Bd. 209 Heft 1 August 1969, 1-16

____: Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip; Der Weg der europäischen Monarchie seit dem hohen Mittelalter, Hanns Hubert Hohmann(Ed.), Die Entstehung des modernen souveränen Staates, Köln, Berlin 1967, 115-136

13. Buchholz, Wilfred, "Rousseau und Althusius. Eine Staatsrechtliche Untersuchung." Diss. Berlin 1922

14. Burns, J.H., "Souverignty and Constitutional Law in Bodin", Political Studies 7 (1959), 174-177

15. Cardauns, Ludwig, "Die Lehre vom Widerstandsrecht des Volks gegen die rechtmässige Obrigkeit im Luthertum und im Calvinismus des 16. Jahrhundert. Diss. Rhein. Friedrich-Wilhelms-Universität 1903

16. Carlson, Edgar M., "Luther's Conception of Government", Church History 15 (1946), 257-270

17. Carney, Frederick S., "The Associational Theory of Johannes Althusius." Unpublished Ph. D dissertation. University of Chicago 1960

18. Cohen, Lester H., "The American Revolution and Natural Law Theory", Journal of the History of Ideas, July-Sept. 1978, Vol.XXXIX, No.3, 491-502

19. Cohen, Morris R., "The Basis of Contract", Harvard Law Review, Vol. XLVI, February, 1933 No.4, 553-592

20. Cunningham, Stanley B, "Albertus Magnus on Natural Law", Journal of the History Ideas, Vol.XXXVI, Oct-Dec. 1967, No.4, 479-502

21. Dagory, Jacques, "La politique d'Althusius." Thèse pour le Doctorat, Paris 1963

22. Delekat, Friedrich, "Die Umsetzung der Grundprinziepien der Reformation in die Grunprinziepien der Konstitutionellen Demokratie", Evangelische Theologie Heft 11 (1954), 485-498

23. Dock, Adolf, Der Souveranitätsbegriff von Bodin bis zur Friedich dem Grossen. Diss. Straßburg 1897

24. Du Boulay, F.R.H., "Law Enforcement in Medieval Germany", History:The Journal of the Historical Association, Vol. 63, Number 209 October 1978, 345-355

25. Elkan, Albert, Die erste Publizistik der Bartholomäusnacht. Diss. Heidelberg 1905

26. Eßer, Hans Helmut, "Calvin und Althusius. Analogie und Differenz ihr-

er politischen Theorie", Politische Theorie der Johannes Althusius, Berlin 1988, 169-185

27. Feuerherdt, Eckhard, "Gesellschaftvertrag und Naturrecht in der Staatslehre des Johannes Althusius." Diss. Köln 1962

28. Forte, Paul E., "Richard Hooker's theory of law", The Journal of Medieval and Renaissance Studies, 12 (1982) 2, 133-157

29. Fortin, Ernest L., "The New Rights Theory and the Natural Law", The Review of Politics, Vol.44, October 1982, No.4, 590-612

30. Friedrich, C.J., "Althusius, Johannes(1557-1638)", Encyclopaedia of the Social Sciences, Vol. one, New York 1954, 13-14

31. Fiendly, Henry J., "Federalism: A Foreword", The Yale Law Journal, Vol.86, Number 6, May 1977, 1019-1034

32. Garrn, Heino, "Die -Natur der Sache" als Grundlage der juristischen Argumentation", ARSP, Vol. 1982 LXVIII/1, 60-71

33. Gerhard, Dietrich, "Regionalismus und Ständisches Wesen als ein Grundthema Europäischer Geschichte", Herrschaft und Staat im Mittelalter (1964), 332-363

___ : "Ständische Vertretungen und Land", Festschrift für Hermann Heimpel Zum 70. Geburtstag, Bd. I, Göttingen 1971, 447-472

34. Gerhard, Hans-Jürgen, "Stadtverwaltung und städtische Besoldungswesen von der Frühen Neuzeit bis zum 19. Jahrhundert. Strukturen-Zusammenhänge-Entwicklungen", Vierteljahrschrift für Sozial-und Wirtschaftageschichte, 70. Band, Heft 1 (1983), 21-49

35. Giesey, Ralph E., "State-Building in Early Modern France: The Role of Royal Officialdom", Journal of Modern History 55 (June 1983), 191-207

36. Goerner, E.A., "On Thomistic Natural Law. The Bad Man's View of Thomistic Natural Right", Political Theory, Vol.7, No.1, February 1979, 101-122

37. Grobmann, A. "Das Naturrecht bei Luther und Calvin." Diss. Köln 1935

38. Grotke, George, Martin Luther und das Recht. Diss. Marbury 1951

39. Gurvitch, Georges, "Natural Law", Encyclopedia of the Social Sciences, 284-290

40. Hancey, James O., "John Locke and the Law of Nature", Political The-

ory, Vol. 4, November 1976, 439-454
41. Hauriou, Maurice J., "An Interpretation of the Principles of Public Law", Harvard Law Review, Vol.XXXI, April, 1918, No.6, 813-821
42. Haverkamp, Alfred, "Die -Frühbürgerliche" Welt im Hohen und Späteren Mittelalter. Landesgeschichte und Geschichte der Städtischen Gesellschaft", Historische Zeitschrift Band 221 Dezember (1975), 571-602
43. Hayes, T.Wilson, "A Seventeenth-Century translation of Nicholas of Cusa's De dato Patris luminum", The Journal of Medieval and Renaissance Studies, II (1981) 1, 113-136
44. Heckel, Johannes, "Widerstand gegen die Obrigkeit? Pflicht und Recht zum Widerstand bei Martin Luther", Zw 25 (1954), 156-168
___: Luthers Lehre von den zwei Regimenten; Fragen und Antworten zu der Schrift von Gunnar Hillerdal", ZevKR 4 (1955), 253-265
45. Henke, Wilhelm, "Staatsrecht, Politik und Verfassungsgebende Gewalt", Der Staat Bd. 19/H.2(1980), 181-211
46. Hennis, W., "Zum Problem der deutschen Staatsanschauung, VjHZG 7 (1959), 1-12
47. Henry F. Cohen, "The Territorial Princes in Germany's Second Reformation, 1559-1622", Menna Prestwich(ed.), International Calvinism 1541-1715, Oxford 1985,
48. Hippel, E., "Althusius", Westfälische Lebensbilder III, Berlin 1933, 1-30
49. Hoke, Rudolf, "Die Emanzipation der Deutschen Staatsrechtswissenschaft von Der Zivilistik im 17. Jahrhundert", Der Staat 15. Band 1976, 211-230
___: "Bodins Einfluß auf die Anfänge der Dogmatik des deutschen Reichsstaatsrecht", in: Horst Denzer (Hgrs.), Jean Bodin; Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München, München 1973, 23-38
50. Hommes, Hendrik J. van Eikema, "Naturrecht und Positives Recht Bei Johannes Althusius", Politische Theorie des Johannes Athusius, Berlin 1988, 371-390
51. Honecker, Martin, "Martin Luther und die Politik", Der Staat, Bd. 22, 1983 Heft 4, 473-498
52. Horowitz, Maryanne Cline, "The Stoic Synthesis of the Idea of Natural Law in Man: Four Themes", Journal of The History of Ideas, Vol.

서울대학교

XXXV, Jan.-Mar. 1974, Nr.1, 3-16

53. Hyma, Albert, "Calvinism and Capitalism in the Netherlands,1555-1700", The Journal of Modern History, Vol.X, September 1938, Number 3, 321-343

54. Jordan, Karl, "Sachsen und das deutsche Königtum im hohen Mittelalter", Historische Zeitschrift, Bd. 210, Heft 3, Juni 1970, 529-559

55. Kelley, Donald R., "Legal Humanism and the Sense of History", Studies in the Renaissance 13 (1966), 184-199

56. Kish, Guido, "Humanistic Jurisprudence", Studies in the Renaissance 8 (1961), 71-87

57. Kingdom, Robert M., "Calvinism and Democracy: Some Political Implications of Debates on French Reformed Church Government 1562-1572", The American Historical Review, Vol.LXXI, Number 2, January 1966, 393-401

58. Koenigsberger, H.G., "The Organization of Revolutionary Parties in France and the Netherlands during the Sixteenth Century", The Journal of Modern History, Vol.XXVII, December 1955, Number 4, 335-351

59. Kohler, Josef, "Rechts- und Staatsphilosophie. Allgemeine Rechts- und Staatslehre. Die spanischen Naturrechtslehre der 16. und 17. Jahrhunderts", Archiv für Rechts- und Wirtschaftphilosophie Band X, 1916/1917, Berlin und Leipzig, 235-263

60. Krause, Hermann, "Der Historiker und sein Verhältnis zur Geschichte von Verfassung und Recht", Historische Zeitschrift, Bd. 209, Heft 1 August 1969, 17-36

61. Lang, Lic H., "Die Reformation und das Naturrecht", Beiträge zur Förderung Christlicher Theologie, 13. Jg., H.4, Gütersloh 1909, 5-51

62. Laski, Harold J., "Social Contract", Encyclopedia of the Social Sciences, 127-131

63. Levin, Michael, Social Contract", Dictionary of the History of Ideas (IV), 251-263

64. Linse, Eugene, "Beza and Melanchthon on Political Obligation", Concordia Theological Monthly XLI (1970), 27-35

65. Link, Christoph, "Jus resistendi. Zum Widerstandsrecht im deutschen Staatsdenken", in: Audomar Scheuermann- Rudolf Weikr- Günther

Winkler (Hrsg.), Convivium utriusque iuris(Festschrift für Alexander Dordett Zum 60. Geburtstag), Wien 1976, 55-68

66. Maier, Hans, "Die Lehrer der Poitik an den deutschen Universitäten vornehmlich vom 16. bis 18. Jahrhundert", Dieter Oberndörfer (Hrsg.), Wissenschaftliche Politik. Eine Einführung in Grundfragen ihrer Tradition und Theorie, Darmstadt 1966, 70-95

67. McGroth, Alister E., "John Calvin and Late Medieval Thought. A Study in Late Medieval Influences upon Calvin's Theological Development", Archiv für Reformationsgeschichte Jahrgang 77·1986, 58-78

68. Merzbacher, Friedrich, "Der homo politicus symbioticus und das ius symbioticum bei Johannes Althusius", Recht und Staat. Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag, Berlin 1972, 109-121

69. Mitteis, Heinrich, "Althusius", Neue deutsche Biographie 1. Bd.(1971), 224-225

70. Monter, E.Willian, "Reformation History and Social History", Archiv für Reformationsgeschichte, Jahrgang 72·1981, 5-12

71. Nebe, A., "Zur Nassau Schriftstellergeschichte", Nassau. Ann. X, 1870

72. Neumann, Volker, "Rechts- und Verfassungstheoretischen Positionen der Staatsrechtlichen Linken", Der Staat, 21. Band 1982 Heft 4, 551-575

73. Oestreich, Gerhard,"Die Idee des religiösen Bundes und die Lehre vom Staatsvertrag", Hanns Hubert Hofmann (Hrsg.), Die Entstehung des modernen souveränen Staates, Köln, Berlin 1967, 137-151

74. Olschki, Leonardo, "Der Brief des Presbyters Johannes", Historische Zeitschrift 144 (1931) 1, 1-14

75. Pahl, Gerhard, "In memoriam Johannes Althusius (Aus Anlaß der 400. Wiederkehr seines Geburtstages)", Staat und Recht, 6. Jahrg. Heft 12, Dezember 1957, 1263-1279

76. Parry, Stanley, "The Politics of Johannes Althusius." Unpublished Ph. D. dissertation . University of Chicago, 1960

77. Pfeiffer, G., "Das Verhältnis von politischer und kirchlicher Gemeinde in den deutschen Reichsstädten, Staat und Kirche im Wandel der Jahrhunderte, hg. v. W.P. Fuchs, 1966, 79-99

78. Press, Volker, "Stadt und Territoriale Konfessionsbildung", in: F. Petri(Hg), Kirche und gesellschaftlicher Wandel in deutschen und

niederländischen Städten der werdenden Neuzeit, Köln, Wien 1980, 251-296

79. Quaritsch, Helmut, "Staatsraison in Bodins 'République' , in: Schnur (Hg.), Staatsräson, Berlin 1975, 43-63

80. Rapp, Die Bedeutung der Lehre Molinas von der Natura rei. Diss. Freiburg 1963

81. Rise, Wilhelm, "Die Entwicklung der Dialektik bei Petrus Ramus", Archiv für Geschichte der Philosophie, Band 42/Heft 1, Berlin 1960, 36-72

82. Ritter, Gerhard, "Divine Right und Prärogative der englischen Könige 1603 - 40 (1963), in: ders., Parlament und Demokratie in Großbritannien, Göttingen 1972, 11-58

83. Rouse, Richard H. u. Mary A., "John of Salisbury and the Doctrine of Tyrannicide", Speculum 42 (1967), 693-709

84. Rüping, Hinrich, Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule. Diss. Bonn 1968 (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 81)

85. Scheuner, Ulrich, "Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland (1960)", in: Forsthoff (Hg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, 461-508

____: "Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre", Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1962, 225-260

____: "Der Staat", Europa. Vermächtnis und Verpflichtung, hg. von H. Loebel, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1963, 69-74

____: "Ständische Einrichtungen und innerstaatliche Kräfte in der Theorie Bodins", in: Denzer (Hg.), Jean Bodin, München 1973, 379-397

____: "Zwei Darstellungen der Allgemeinen Staatslehre", Der Staat 13 (1974), 527-535

____: "Staatsräson und religiöse Einheit des Staates", in: Schnur (Hg.), Staatsräson, Berlin 1975, 363-405

86. Schmitt, Carl, "Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten", Deutschland - Frankreich 1 (1942), 1-30

87. Schuber, Friedrich Hermann, "Volkssouveränität und Heiliges Römisches

서울대학교

Reich", HZ, Bd. 213, Heft 1, August 1971, 91-122

88. Scupin, Hans Ulrich, 'Justus Möser als Westfale und Staatsmann", Westfälische Zeitschrift 107 (1957), 135-152

____: 'Die Souveränität der Reichsstände und die Lehre des Johannes Althusius", Westfalen 40 (1962), 186-196

____: 'La notion de souveraineté dans les oeuvres de Jean Bodin et de Johannes Althusius", Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Lille 1963, 7-27

____: 'Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin", Der Staat 4 (1965), 1-26

____: 'Domokratische Elemente in Theorie und Praxis des Johannes Althusius", A Desirable World. Essays in Honour of Professor Bart Landheer, ed. by A.M.C.H. Reigermann (u.a.), The Hague 1974, 67-78

____: 'Untrennbarkeit von Staat und Gesellschaft in der Frühneuzeit. Althusius und Bodin", Recht und Gesellschaft. Festschrift H. Schelsky, Berlin 1978, 637-657

89. Skillen, James W., 'The Political Theory of Johannes Althusius", Philosophia Reformata 39 (1974), 170-190

____: The Development of Calvinistic Political Theory In the Netherlands, With Special Reference To The Thought of Hermann Dooyeweed. Diss. Duke University, 1973

90. Stolleis, M., 'De regno recte instituendo et administrando. Eine unbekannte Disputation von Johannes Althusius", Wolfenbütteler Beiträge. Aus den Schätzen der Herzog August Bibliothek. Hrsg. von Paul Raabe, Band 7 (Frankfurt a.M. 1987), 167-173

91. Stricker, Günter, Das politischen Denken der Monarchomachen. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ideen im 16. Jahrhundert. Diss. Heidelberg, 1967, 70-242

92. Striesow, Hans, Bodins Staatslehre; Eine Exegese. Diss. die Hannsischen Universität zu Hamburg 1936

93. Tieme, Hans, 'Die Funktion der Regalien im Mittelalter", ZRG GA 62 (1942), 57-88

____: 'Die Basler Doktorthesen des Johannes Althusius", Festschrift für Hanns Liermann zum 70. Geburtstag (Erlanger Forschung 16 (1964), 297-304

94. Tierney, Brian, "The Prince is not Bound by the Laws." Accursius and the Origins of the Modern State, in: Comparative Studies in Society and History 5 (1962/63), 378-400

95. Tilly, Charles, "Reflections on the History of European State- Making ", ders., (Hg.), The Formation of National States in Western Europe, Princeton, N.J. 1975, 3-83

96. Villy, Michel, "Le droit de l'individu chez Hobbes", in: Koselleck/ Schnur (Hg.), Hobbes - Forschungen, Berlin 1969, 173-197

97. Weimar, Peter, "Die legistische Literatur und die Methode des Rechtsunterrichts der Glossatorenzeit", Ius Commune 2 (1969), 43-83

____: "Die legistische Literatur der Glossatorenzeit", in: Coing (Hg.), Handbuch, Bd. 1, München 1973, 129-260

98. Wieacker, Franz, "Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft", ders., Vom römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung, Leipzig 1944, 195-284

99. Wyduckel, Dieter, Untersuchungen zu den Grundlagen der frühmodernen Rechts- und Staatslehre. Diss. Westfälische Wilhelms-Universitat zu Münster 1977

100. Ziehen, Eduard, "Das Heilige Römische Reich in seinen Gliedern, Sinnbilder des körperschaftlichen Reichsgedankens 1400 - 1800. Bearbeitet von H. Ziehen, in: Archiv für Frankfurts Geschichte und Kunst H. 48 (1962), 5-44

※ Zusammenfassung

Ein Studium Über Die Staats- und Rechtslehre Des Johannes Althusius

Cho, Won-hong

Das Zeitalter des Johannes Althusius(1557?, 1563?~1638) von 16. Jahrhunderts bis 17. Jahrhundert in Europa gehört der sog. "Vorstufe des Nationalstaates" oder die "Zeit des Frühen Absolutismus", in welchem allenthalben in Europa hat die restliche Spuren der mittelalterlichen Theokratie und des Feudalsystems verschwunden, und in anderen Seiten in manchem Volkslebensraum hat die als Mittelpunkt von der Königliche Hochheitsrechte neu ausgebildene separäte, säkuläre, territoriale, souveräne Staaten aufgestiegen.

Der Monarch konnte seinen Herrschaft durch den Streit mit der universalen Kraft des Papsttum —angeblich die plena potestas pontifex — erringen. Doch in diesem Verlauf Europa in den Strudel der Reformation und des schwerten Religionskrieges hineingerissen wurde.

Dabei der Kaiser des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation wie immer wollte hartnäckig bei dem mittelalterlichen Reichssystem bestehen, infolgedessen dieser kaiserliche Standpunkt fuhr den Konflikt mit dem neuaufgestiegenen Landeshoheit herbei.

In der Tat der in dem Heiligen Römischen Reich ausgebrochene konfessionelle Krieg war ein Ergebnis des Kampfes um eine Machtstellung zwischen der bezogen auf das Reichsoberhaupt kaiserlichen Partei und der Kräfte der gegen Kaisertum widerstreitenden Landeshoheit und der dieser Hoheit des Landes Beistand leistenden Reichsstände.

Wenn die nationale und territoriale Staaten in Europa überall auftraten — diese Phänomene üblich bei dem Forscher der deutschen Verfassungsgeschichte als die Ausbildung des "Staatliche Status" oder "Staatlichkeit" dargestellt werden — erschienen die neue Ideen und Prinzipien in dem Gebiet des politischen und rechtlichen Gedanken folgendermaßen:

i) die raison d'État oder ratio status' Lehre, daß der Staat soll seinen eigenartigen Vernunft (ratio) um Selbsterhaltung des Staates zu vollenden haben, bei Machiavelli und Botero behauptet wurde.

ii) die Souveränetätslehre, daß der herrschaftliche Gewalt und das Wollen des Staates hat in der innen Beziehung die "Hoheit" oder den " Supremat" legibus solutus gegen cives et subditos, und es hat auswärtig die Unabhangigkeit, bei Jean Bodin geltend gemachtet wurde.

iii) die Staatsvertragslehre, die, fortdauernd den Herrschaftsvertragslehre des Marsilius von Padua(1275~1342) im Mittelalter und den Grund zu der Föderaltheologie des Johannes Calvin und dem Gesellschaftsvertrage des spanische Spätthomist in der 16.Jahrhundert gestanden, bei den Gegenmächte des Absolutismus verfocht wurde, daß die Staatsgewalt besteht durch die gegenseitigen Übereinkunft oder den Vertrag zwischen dem Volk und dem Herrscher.

iv) der Gedanke des ius naturale(=Naturrecht), welcher hat die engen Beziehung mit jener Staatsvertragslehre und sich gründete auf die Überzeugung, daß die naturrechtliche Prinzipien, nämlich die Gleichheit des Menschen, das Streben nach gutes und glückliches Leben, die Verwirklichung der Verteilungsgerechtigkeit, die Befolgung des Vertrages sich durch die recta ratio des Menschen gefunden werden kann, ferner soll diese Prinzipien in das Staatsrecht verwirklichen, verfochten wurde als ein neutraler Rechtsboden und neue Herrschaftsprinzip des modernen Staates statt der ius divina oder der offenbarenen Warheit des Gottes.

Es traf auf den Widerstand der kirchlichen Orthodoxie aller Konfessionen sowie des Schularistotelismus.

Johannes Athusius wurde von diesem Gedankenfluß beieinflußtet und ferner da er dann in der Lage war, daß das Heilige Römische Reich wurde durch die schwerten religiösen, politischen, militären Streite zwischen der kaiserlichen Mächte und der Landeshoheit verteilt und dessentfolgen es wurde in der verhängnisvollen Verfassungskrise geraten, er schreibte in 1603 an Herborn ein politisches Buch mit dem Titel „Politische Methodice Digesta" um die Dualität des Reichssystem und die kritische Verfassungskrise zu über-

서울대학교

winden und für den ewigen Frieden und Ordnung (pax et ordo) zu gewährleisten.

Dieses Buch hatte seinen Grund in das Prinzip des symbiosis (=Zusammenleben) und zielte auf den föderativen Verfassungsstaat, der konnte den Grundsatz von Volkssouveränetät, welche entstammte dem Naturrechtsgedanken und dem Gesellschaftsvertrag, zuwege bringen.

Also Althusius in 1617 schreibte als ein rechtliches fundamentales Wirken zu konstruieren eine Allgemeine Staatsrechtstheorie und ihr System geltend machend in der friedlichen zusammenlebenden politischen Gemeinschaft ein rechtliches Buch mit dem Titel - Dicaeologicae lib.I,II,III" (Herborn), das setzte rationell wieder den Inhalt des Usus Modernus Pandectarum regelrecht übernommen seit der Reichsreform von 1496 auf dem Grund des Franzosen Petrus Ramus' (1515~1572) dichotomischen Logik und seiner Wissenschaft von Gerechtigkeit zusammen.

Althusius' Volkssouveränitätslogik und Verfassungsstaat so wie Rechtsstaatsgedanken, die sich zeigte durch die oben erwähnten Bücher, verbreitete sich vom Engländer John Locke bis Franzosem Jean-Jacque Rousseau zum Schrittstein für die Entwicklung der modernen Verfassungsdemokratie der Westeuropa dienen.